

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUANA DE CARVALHO SILVA

CARNE E CULPA: Notas sobre a gestão penal do sexo

**CURITIBA
2012**

LUANA DE CARVALHO SILVA

CARNE E CULPA: Notas sobre a gestão penal do sexo

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação; Área de Concentração em Direito do Estado; Linha de Pesquisa em Direito, Poder e Controle; Departamento de Ciências Jurídicas; Curso de Direito; Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do Título de Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Katie Silene Cárceres Arguello.

**CURITIBA
2012**

TERMO DE QUALIFICAÇÃO

CARNE E CULPA: Notas sobre a gestão penal do sexo

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Presidente da Banca e Orientadora: Profa. Dra. Katie Silene Cárceres Arguello - Departamento de Direito, UFPR.

Professores Membros:

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

Membro: Prof. Dr.

Curitiba, 11 de junho de 2012.

*Aos responsáveis por me fazer viver uma vida
plena e digna de ser vivida: minhas desculpas
pela ausência,
Rodrigo e meus pais*

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho não teria sido possível sem o apoio incondicional e animador de pessoas extraordinárias que me doaram seu tempo, sua voz e sua vontade;

Ao querido Rodrigo, por tudo, inclusive minha sanidade;

Às minhas famílias, em Rio Verde e em Curitiba, por tudo de bom que vocês sempre me proporcionam;

À minha orientadora Professora Doutora Katie Silene Cárceres Arguello, pela escuta, dedicação e apoio;

Ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos, por sua pronta generosidade;

Aos amigos, pela paciência em escutar minhas ansiedades e perdoar minha ausência, um beijo especial para Letícia e Mariana, sempre presentes;

Ao meu “time” de ajuda, Daiane, Glaucia e Julia, fundamentais para a minha concentração e tranquilidade no dia a dia das minhas atribuições;

Aos colegas professores e alunos pelo apoio e pela torcida;

À ajuda de minha querida Antonia, mais uma vez;

À Coordenação da Pós-Graduação em Direito da UFPR;

Aos funcionários da Pós-Graduação em Direito da UFPR,

Por tudo.

RESUMO

Um olhar para os discursos produzidos sobre os crimes sexuais possibilita o desvelamento das relações de saber e poder que se investem sobre os corpos, por meio do adestramento e do controle da sexualidade, como uma estratégia para a submissão e o controle dos sujeitos. Esse olhar é uma das importantes contribuições teóricas de Michel Foucault para a reflexão sobre as relações de poder e o Direito Penal. O discurso do Direito Penal, problematizado com base na soberania da lei e os poderes normalizadores (biopolítica e disciplina), abarca a sexualidade como um instrumento de controle da vida populacional e da rentabilidade econômica do corpo, para reiterar sua função simbólica de proteção de “bens jurídicos” e disfarçar sua seletividade e neutralização das populações mais frágeis. A criminalização da sexualidade, sob a biopolítica, possibilitaria uma “gestão penal do sexo” assentada em duas vertentes de análise: a *agressão à carne útil* e a *culpabilização da carne inútil*. Essas vertentes apoiam-se na intensificação do controle pela lei penal, formando uma espécie de “massa legislativa” em que novos atores, condutas e vítimas aparecem como destinatários das novas leis penais sobre o sexo; e pela norma, mediante a convergência entre políticas públicas e políticas criminais, delimitando um modelo de “segurança” atrelado ao confisco do discurso de cidadania e de dignidade humana, como estratégia legitimadora de poder; além de acentuar a culpabilização dos indivíduos mediante estratégias de neutralização das populações improdutivas. Assim, buscam-se respostas à violência sexual que podem encontrar, no discurso da dignidade, um espaço para a emergência de resistências ao controle do poder sobre a vida. Dignidade essa, cujo discurso não deve ser o suporte para a nova legitimação do controle punitivo, mas coadunada com o reconhecimento de novas subjetivações, rostos e limites jurídicos relacionados com a preservação e valorização da carne humana – não apenas as úteis.

Palavras-Chave: crime sexual, biopolítica, política criminal e controle penal

RESUMÉ

Un coup d'oeil sur le discours sur le sexe crimes permet le dévoilement des relations de savoir et de pouvoir et investir sur le corps, par le dressage et le contrôle de la sexualité, comme une stratégie pour la présentation et le contrôle de l' sujets. Ce regard est l'une des importantes contributions théoriques de Michel Foucault à la réflexion sur les relations de pouvoir et le droit pénal. Le discours du droit pénal, problématisés sur la base de la souveraineté de la loi et les pouvoirs la normalisation des discours (biopolitics et discipline), Il englobe la sexualité comme un outil pour contrôler la population en vie et la viabilité économique de la caisse, pour réaffirmer sa fonction symbolique de protection des "biens juridiques" et de dissimuler leur sélectivité et la neutralisation de la plupart populations fragiles. La criminalisation de la sexualité, en vertu de la biopolitics, permettrait de disposer d'une "gestion pénale sexe" perchée sur deux volets de l'analyse : *criminalisation de l'agression de chair humaine utile et la culpabilité de chair humaine inutile*. Ces aspects reposent sur l'intensification du contrôle par le droit pénal, formant une sorte de "corps législatif" dans que de nouveaux acteurs, les gaires et victimes apparaissent comme des bénéficiaires de la nouvelle législation pénale sur le sexe; et par la norme, par la convergence entre les politiques publiques et politiques criminelles, délimitant un modèle de "sécurité" remorque la confiscation du discours de la citoyenneté et de la dignité humaine, en tant que stratégie de légitimer le pouvoir; en plus d'accentuer les culpabilité des individus grâce à des stratégies de neutralisation de personnes improductives. Ainsi, ils se mettent à la recherche des réponses à la violence sexuelle, qui peuvent trouver, dans le discours de la dignité, un espace pour l'émergence de la résistance pour le contrôle du pouvoir sur la vie. Cette dignité, dont le discours ne devrait être le soutien à la nouvelle légitimation de contrôle punitif, avec la reconnaissance de nouveaux sujetivacoes, visages et limites juridiques liées à la préservation et à l'amélioration de chair humaine - et non seulement à l'utile.

Mots clés : crime sexuel, biopolitics, politique et pénale, pénale contrôle

ABSTRACT

A look at the discourse about sexual crimes allows the unveiling of the knowledge and power relations that are invested in the bodies, through the training and control of sexuality, as a strategy for submitting and controlling subjects. This look is one of the major theoretical contributions of Michel Foucault to the reflection upon power relations and criminal law. The discourse of the Criminal Law, analyzed through the rule of law and the normalizing powers (biopolitics and discipline), comprises sexuality as an instrument for controlling the populational life as well as for economic profitability over the body, to reassert its symbolic function of protecting the "legal interests" and to disguise its selectivity and the neutralization of the most vulnerable populations. The criminalization of sexuality, under biopolitics, would allow a "penal management of sex" derived from a two-pronged analysis: the *aggression towards useful flesh* and the *blame on useless flesh*. These aspects are based on the intensification of control by the criminal law, forming a sort of "legislative body" in which new actors, behaviors and victims appear as recipients of new criminal laws on sex. And by the norm, before the convergence of public policies and criminal policies, a model of "security" linked to the seizure of the discourse of citizenship and human dignity is defined, as a strategy for legitimizing power, as well as emphasizing the laying of blame on individuals by employing neutralization strategies on unproductive people. Thus, there is a search for responses to the sexual violence, which may encounter in the discourse of dignity the emergence of a space for the resistance to the power control over life. Dignity, whose discourse should not be the support for the new legitimacy of punitive control, but concatenated with the recognition of new subjectifications, faces and legal limits related to the preservation of and regard to human flesh – not only the useful one.

Keywords: sexual crime, biopolitics, criminal policy and penal control

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
-------------------------	-----------

CAPÍTULO I

Crime, culpa e sexo: O Discurso da Criminalização da Moral Sexual

1.1. Os crimes contra a honra e o bom nome da família.....	21
1.1.1. Crime e Pecado	25
1.1.2. A proteção da honra: o Código Penal de 1830	36
1.2. O positivismo criminológico e os crimes contra a segurança da honra.....	50
1.2.1. A Criminologia Positivista no Brasil: sexo e “mestiçagem”	50
1.2.2. O Código Penal de 1890 e sua “palavrosa” definição de crime sexual.....	60
1.3. Os crimes contra os Costumes.....	75
1.3.1. Os “costumes” na sociedade brasileira.....	75
1.3.2. O sistema de garantias jurídicas morais: o Código Penal de 1940.....	83

CAPÍTULO II

Um olhar para o corpo e a sexualidade: O Discurso da Criminalização do Sexo

2.1. Um erro de “superposição”: mais além do sexo.....	92
2.1.1. Corpo, sexualidade e biopolítica	92
2.1.2. Sistema penal de controle sobre a vida: biopolítica e a lógica atuarial.....	113
2.1.3. A gestão penal do sexo: <i>a criminalização da agressão à carne útil e a culpabilização da carne inútil.....</i>	<i>139</i>

2.2. Os crimes contra a Dignidade Sexual?	153
2.2.1 A nova tipologia penal instigante	153
2.2.2. Um bem jurídico reinventado	172

CAPÍTULO III

Em resposta à Carne: notas sobre o corpo sexual e o sistema penal contemporâneo.

3.1. A “Carne” Dilacerada: os crimes sexuais e o discurso do controle	188
3.1.1. A conversão do corpo em um “resto” carne	188
3.1.2. A problematização penal das políticas públicas sobre o sexo	205
3.1.3. O regime sexual de exceção	230
3.2. Um resgate possível da sexualidade	246
3.2.1. Uma vida possível de ser vivida: as resistências	246
3.2.2. Um olhar para a Dignidade Sexual	251

CONCLUSÃO	258
------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	263
-----------------------------------	------------

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais atordoantes na imprecisa história da punição (e do Direito Penal) é sua relação com o sexo. Isso não significa que o tema da sexualidade não seja relevante aos sistemas punitivos de forma geral. De fato, poucos temas são mais citados no interior das leis punitivas que o “atentado” contra certa compreensão de corpo e de sexo. Como destacado por John Gardner, poucas condutas são consideradas tão erradas ou tão injustificáveis quanto a violência sexual; e tão criminalizadas e punidas pela lei penal, a ponto de sua descriminalização ser considerada “algo que nenhuma pessoa poderia advogar”¹.

Certa compreensão porque justamente no interior destes conjuntos de leis é que podemos traçar um desenho ora borrado, ora nítido sobre a constituição das subjetividades, das formas de sequestro e de submissão dos corpos às ordens de poder e ao adestramento do desejo. E um dos acontecimentos centrais dessa história é o estudo das formas de violência sexual e sua criminalização.

Não há engano em afirmar que há uma profunda diferença entre a noção de violência sexual e o crime sexual propriamente dito. De forma geral, podemos até afirmar que a criminalização de algumas condutas sexuais é um episódio na história de violências contra a sexualidade, contra nossa “carne”.

Todavia, uma história sobre a violência sexual ainda está por ser narrada. Talvez dada a dificuldade em traçar o que cada cultura, em cada tempo possa compreender a violência e a agressividade sobre o corpo, ela seja impossível de ser descrita. Assim, ficamos com Norbert Elias e sua afirmação de que “as normas de agressividade variam com o tempo, refinam-se, civilizam-se, desgastadas e limitadas por uma infinidade de regras e de interdições que se transformam em autocooção”².

Se a própria compreensão de violência pode variar com o tempo, podemos aliar a tese de Elias com as inquietações foucaultianas, em que mais do que variar ao longo dos processos civilizatórios, a marca da violência está profundamente relacionada com

¹ GARDNER, John. The wrongness of the rape. In: *Offenders e Deffenders: selected essays in the philosophy of criminal law*. Oxford University Press, New York, 2007.

² ELIAS, Norbert. *La civilization des moeurs*. Paris: Calmann-Lévy, 1973.

os dispositivos de poder e de saber assentados sobre os corpos humanos. A violência sexual pode figurar como determinada forma de atentado contra a “carne” humana.

Tematizar sobre nossa “carne” implicaria destacar a importância do campo moral na relação entre corpo e sexo e, daí, suas transgressões, violências e silêncios. Um campo moral que, nas reflexões foucaultianas, é central na articulação entre o sujeito (como submissão) e a sexualidade: o sujeito da sexualidade como um campo de decifração de si (e de sua abertura aos dissabores dos poderes e saberes da subjetividade humana). Dos discursos produzidos sobre e para nossa “carne” emergem poderes, saberes e violências sobre a submissão, a seleção e a culpabilização dos corpos.

Daí que nem toda violência sexual pode ser percebida como tal em certa época, em certa cultura ou em certa lei. A violência como uma agressão carrega em si as oscilações das tolerâncias, dos traumas, das marcas corporais, da culpa, dos desgastes psíquicos, dos gestos brutais, da crueldade e da funcionalidade dos corpos.

Uma violência cujos efeitos poderiam se aproximar de uma “anomia” como descrita por Émile Durkheim³ ou por meio de uma dramática interpretação do real revelada nas marcas depositadas sobre os corpos humanos, aquilo que neles é mais suscetível, mais vulnerável ou mais interessante ao poder e à submissão. Ou uma violência simbólica, como pensada por Pierre Bourdieu⁴, construída mediante as relações de dominação, em que o indivíduo pouco a pouco sede às estruturas sociais (políticas, econômicas, culturais e, por que não, jurídicas) as possibilidades de se constituir no mundo social padecendo sobre uma coerção⁵, ou seja, uma violência que se perfaz no entroncamento entre poder e submissão.

³ Neste sentido, segundo Durkheim, “a anomia pode ser compreendida como a ausência de coesão social, que direciona o indivíduo não só para sua própria destruição, como também para a delinquência. Em outras palavras, a possibilidade da desintegração social mediante a ineficácia dos controles sociais”. DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. Martin Claret. São Paulo. 2002.

⁴ Para Bourdieu: “O capital simbólico assegura formas de dominação que envolvem a dependência perante os que ele permite dominar: com efeito, ele existe apenas na e pela estima, pelo reconhecimento, pela crença, pelo crédito, pela confiança dos outros, logrando perpetuar-se apenas na medida em que consegue obter a crença em sua existência”. BOURDIEU, Pierre. *Meditações Pascalinhas*. Tradução Sergio Miceli. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 202.

⁵ BOURDIEU, Pierre. *Meditações Pascalinhas*. Tradução Sergio Miceli. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 206 e 207.

Na relação entre corpo, sexo e poder, a sexualidade pode ser mais facilmente percebida como alvo de uma violência. Na negação do desejo do corpo em si e no outro, na mortificação e nas penitências cristãs, nos castigos sobre o corpo, nos espancamentos, nas privações, na educação disciplinar, nos preconceitos, nos estereótipos, na doença, na economia de gestos laborais, na economia e na prisão; os indivíduos têm suas trajetórias de sexo também marcadas pela violência. De uma forma ou de outra, narrar a constituição do corpo sexual também é tangenciar sua relação com uma violência instrumental.

Uma violência também encontrada no silêncio do sofrimento de suas vítimas, pois se a sexualidade se torna aquilo que nos constitui como sujeitos, se sobre ela há um repertório de poderes e de saberes, organização para sua domesticação e controle, como pensado por Michel Foucault⁶, sua violação poderia ser entendida como uma forma de mortificação da subjetividade.

São ilustrativas as palavras de Georges Vigarello sobre a relação do estupro e da própria constituição do sujeito:

Uma história do estupro também pode contribuir para traçar, por esse longo percurso, o nascimento do sujeito contemporâneo – a importância dada ao sofrimento pessoal, a ênfase na devastação oculta, na ruptura, nesse tormento e nesse assassinato psíquicos tanto mais decisivos porque transformam a imagem dominante da criminalidade e de seus efeitos⁷.

O drama da violência sexual mostra sua tenacidade devastadora para os corpos: a violência sexual tem como alvo a submissão do corpo a uma ordem de poder: da família, do costume, do mais forte, do masculino, do adulto, da religião, do mais sábio, do mais experiente, do Estado, do inimigo, do econômico. Uma submissão cuja essência é a marca no corpo mais frágil e sua culpabilização. Eis que entre a violência e o corpo impera as questões sobre o consentimento, sobre a honra, sobre o direito, sobre o contrato, sobre o fato e sobre a dignidade.

Em relação ao crime também. Em geral, as noções jurídicas de crime o descrevem na modernidade por meio das construções teóricas e dogmáticas de um

⁶ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade*. Vontade de Poder. Tomo I. 14ª. Ed, Rio de Janeiro: Graal, 2001.

⁷ VIGARELLO, Georges. *A História do Estupro: a violência sexual nos séculos XVI-XX*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998, p. 09.

Direito Penal cuja premissa é a criminalização tão somente de condutas (ações) típicas, ilícitas e culpáveis⁸; em que o discurso jurídico do crime se legitima pela hipótese de transgressão da lei. A finalidade do Direito Penal poderia ser descrita como “combater o crime” ou a “preservação dos interesses dos indivíduos ou do corpo social”⁹. Ou mediante “bens jurídicos” protegidos pela “força” do Direito Penal deveriam ser escolhidos entre aqueles mais caros à vida humana e às relações sociais e econômicas adjacentes a ela¹⁰. Assim, reflete Nilo Batista, “o direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma* sociedade que concretamente se organizou de *determinada maneira*”¹¹.

As palavras de Batista nos soam claras, pois nas entrelinhas do sistema legal-penal emergem as contradições deste sistema jurídico estruturado para um modelo de sociedade dividida em classes desiguais e antagônicas em que sua função real é o controle social e a manutenção da ordem capitalista de produção, como denunciado por Juarez Cirino dos Santos¹². Um controle social estruturado a partir da judicialização e da politização de mecanismos de seletividade social, em que os corpos humanos mais vulneráveis (economicamente) se tornam alvo de uma economia punitiva atrelada à manutenção do poder social e econômico vigente.

Desse modo, perante o impacto da violência sexual, a lei se mostra um instrumento chamado para a regulação e a punição. O crime sexual não aparece como uma forma de coibição ou de prevenção, mas como a expiação do proibido, como a punição para aqueles que transgridem o tabu da “carne”. O crime sexual é historicizável na exata medida em que é construído segundo a violência sexual considerada intolerável à sociedade e aos mecanismos de poder a ela conexos.

⁸ LISZT. Von Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Volume 1 (1899). Trad. José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

⁹ FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. 2º Volume. Parte Especial. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1958.

¹⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris Ed., 2005, p. 5.

¹¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 8ª. Ed, 2002.

¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2006.

E nenhum outro crime demonstra a relação entre o poder e a subjetividade mais de perto do que ele. Dado o valor ao corpo, sua agressão pode ser considerada uma “morte” em vida enclausurada em uma espécie de agressão da carne mediante a preservação do corpo sem desejo, sem valor e sem nada. Não se trata somente de uma expropriação material (patrimonial), tampouco da vida, mas, da cisão entre a vida plena e o deixar viver. O crime sexual pode deixar viver um corpo sem nada. Daí sua perversidade, daí seu poder.

Em um breve aceno à história das condutas criminalizadas sobre o sexo em nosso país, passaremos a desvelar (na medida do possível) os discursos abrigados nos principais conjuntos de leis que narram a formação e a consolidação do Direito Penal sobre o sexo e, principalmente, sua instigante relação com os saberes e os poderes que incidem sobre a vida humana. Um conjunto de leis que demonstram quais são condutas proibidas (e punidas), quem são os sujeitos (e sua confusão entre sujeitos ativos e passivos dos crimes) e quais são as punições. Um conjunto de leis que possibilitam narrar parte dessa história da violência punitiva sobre esses crimes. Eis que a letra de Michel Foucault se faz necessária como uma espécie de “caixa de ferramentas” a postos para percorrer o discurso sobre o crime sexual e sua relação com o corpo.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo, *Crime, Culpa e Sexo: o discurso da criminalização da moral sexual* problematiza o discurso “histórico” sobre as legislações penais sobre o crime sexual no Brasil. Um discurso “histórico” cuja compreensão tem por fundamento as contribuições descontínuas de Foucault. Sob tal leitura, o discurso do Direito Penal pode ser acompanhado por meio do pecado da violência sexual cometida contra os princípios religiosos da Igreja, em que o casamento, a filiação legítima, as relações sexuais ilegítimas (adulterinas, homossexuais, de clérigos, com crianças, com animais), o estupro de mulheres solteiras (cometidos sempre com a esquizofrênica fórmula “mediante violência ou grave ameaça”, pois alguém consegue pensar em um estupro sem violência?) são os “bens” objetos da proteção jurídica assentada na defesa moral e religiosa ante as peripécias do “sexual”.

Um discurso sobre a sexualidade quando o conjunto legal-punitivo é permeado pelas prescrições sociais e religiosas de uma sociedade em que o sexo ainda é percebido como parte de um mundo “privado” (privado de desejo, privado de autonomia). Nesse mundo, onde a sexualidade pode aparecer como propriedade de uma casta de senhores - homens, proprietários e fiéis - cujo privilégio legal faz proteger a propriedade do corpo (entre homens, mulheres e crianças) que os pertence, e punir qualquer atentado contra tal ordem social. Poucas palavras para as vítimas e castigo para os detratores.

No limiar moderno, a formação de um sistema punitivo em que o atentado moral passa a ser entendido como um perigo cientificamente comprovado - à sanidade ou à saúde pública - o crime sexual também pôde se transformar: sai da alcova privada para ganhar a periculosidade doentia do espaço público. E encontra uma fecundidade discursiva na criminologia positivista tão em voga no país no final do século XIX e primeira metade do século XX. A publicização do crime sexual encontra na medicina um provável aliado: o atentado contra os costumes é obra da patogenia e da criminalização de sujeitos desviantes ou degenerados. A sexualidade protegida é ao mesmo tempo uma sexualidade patologizada passível de ser criminalizada.

E o Direito Penal que encontrou durante quase todo o século XX a discussão sobre sua necessária relação com os principais princípios jurídicos de respeito a direitos e garantias fundamentais, em que o crime sexual passa a ser interpretado com o apoio das ferramentas teóricas e dogmáticas do sistema punitivo. Quando a sexualidade é obrigada a ser formatada como um bem jurídico mediante a interpretação do sistema penal como *ultima ratio* do Estado. Dessa forma, segundo José Luis Diez Ripolles, a doutrina penal pouco a pouco procura a fundamentação punitiva do crime sexual fora dos sistemas morais e religiosos, buscando um fundamento próprio ligado à própria racionalização e burocratização dos sistemas jurídicos. Assim, “la doutrina penal hace tiempo que rechazó la equiparación entre delito y pecado en el ámbito Del Derecho Penal sexual, considerando que debían quedar al margen de este los llamados *delicta carnis*”¹³.

¹³ RIPOLLES, José Luis Diez. *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual)*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981.

Na leitura dos tipos penais que “abrigariam” a violência sexual emerge toda a complexidade dos discursos entre o corpo e o sexo, entre a vida e o poder. Nos bens jurídicos elencados pela legislação e nos interstícios da lei penal, a honra, o bom nome da família, os costumes, desvelam os saberes e os poderes sobre o humano.

Nessa linha, o segundo Capítulo *“Um olhar para o corpo e a sexualidade: o discurso da criminalização do sexo”* é tematizado, sob as referências e contribuições teóricas de Foucault, arriscar um desenho de uma *gestão penal sexo*. Na política de controle sobre a vida – a biopolítica -, o sexo ganha sua derradeira função econômica se tornando parte de um eterno sistema intercambiável de custos e de benefícios. Acoplado à noção de capital sobre a vida, nosso corpo se converte em um princípio de investimento e rentabilidade. Sob o discurso de poder sobre a vida humana e mercantilização da sexualidade, o tema do crime sexual pode ser analisado sob duas vertentes: *a criminalização da agressão à carne útil e a culpabilização da carne inútil*.

O corpo rentável não interessa à exclusão punitiva imposta pelo Direito Penal. Para o sistema penal, sustentado por sua seletividade determinante pelo quadro capitalista de produção desigual, sobram os corpos que podem ser desprezados, pois não mais agregam valor nenhum. Sob essas vertentes, o Direito Penal sobre o sexo é problematizado mediante a produção de uma “massa” legislativa e de uma “ordem de segurança” que reitera sua função de seletividade social, agora atrelada ao controle populacional.

Observamos nas últimas décadas, o contínuo endurecimento das penas, a formação de novos tipos penais, a supressão de direitos e de garantias dos acusados, a criação de novas alternativas de controle como as interdições médicas (castrações químicas e biofísicas), a criação de “sistemas de apoio às vítimas”, disque-denúncias, unidades policiais e judiciais especializadas, *websites* de denúncias e publicização de “index” ou arquivos contendo um rol de *sex offenders*. Todavia, apesar de todo esse movimento “endurecido” sobre o crime sexual, ainda passa longe da realidade da alcova onde a violência sexual faz seu maior número de vítimas.

Substituímos em nosso imaginário social o medo do homicida, a raiva do ladrão e até o desprezo pelo traficante, para uma “caça às bruxas” contemporâneas personificadas pelos personagens do crime sexual: o estuprador (*sex offender*) que não

merece compaixão e o pedófilo que merece a morte. Esses inimigos sociais e sexuais são elencados como o risco e o perigo que devem ser combatidos e denunciados a qualquer custo. São eles também que merecem as maiores penas, os maiores julgamentos, a maior atenção das mídias.

São os desvirtuadores, os agressores, os doentes em uma sociedade que dorme mais tranquila quando um desses inimigos é preso ou morto. A mesma sociedade que precisa acreditar que o crime sexual dá conta da violência sobre a carne. Entretanto, é justamente nesse hiato entre o crime e a violência que o corpo humano é constantemente vilipendiado, massacrado e não ouvido. Nesse hiato, as vítimas diárias das violências que ocorrem no interior das casas, das famílias, dos relacionamentos, das instituições do Estado, nas ruas, no trabalho, em cada momento em que podemos sofrer qualquer tipo de violação, a violência se instaura fisicamente, discursivamente, psiquicamente e economicamente sobre nós.

No espaço entre o crime e a violência sexual, as maiores indignações têm um lugar cativo para perpetuar uma ordem de opressão, controle e negação de direitos para os corpos mais frágeis aos mecanismos de poder. Afinal, quem investigará os estupros frequentes aos moradores de rua? Aos presos? Às mulheres pobres? Aos meninos prostituídos? Às mulheres dominadas por seus maridos? Às meninas chantageadas por seus namorados? Às mulheres expostas em redes virtuais? E todos os demais corpos suprimidos de desejo, indignos de ter sua sexualidade reconhecida e sua vida preservada.

Nessa ordem do improvável, porém, desejável, a “carne” humana desvela seu duplo corte: a consolidação do sujeito culpável punido pelo crime sexual e a consolidação do sujeito culpável oprimido por ser sua vítima. Num esforço por reconhecer os rostos culpáveis pela violência sexual, a reforma da legislação (no Brasil nos anos de 2005 e 2009) procura “atualizar” a proteção penal contra a violência social que submete milhares de corpos por meio da criação de novos tipos penais e a descriminalização de outros.

O Direito Penal contemporâneo, definido pela racionalização da função punitiva mediante os valores democráticos de um Estado de Direito, volta seu olhar para a necessidade de uma “reforma” como condição de adequação dos direitos aos sujeitos

humanos, imprescindível na elaboração de uma ordem democrática e de respeito aos direitos humanos. Uma reforma que usa o discurso da dignidade para disfarçar sua brutal seletividade e neutralização dos corpos improdutivos, inúteis, sem nada.

O discurso do Direito Penal, assentado na discriminação e seletividade social, sofre a ressonância de tais assertivas. Em um mundo que se pressupõe discutir a dignidade como um princípio de direito, impõe-se ao Direito Penal uma abertura ao tema do sexual. A questão irá girar em torno de sobre qual bem jurídico fundamental a proteção penal incidirá. O tema da sexualidade passa a ser discutido no interior de uma normatividade que tenta combinar o improvável: a opressão do sistema penal com a dignidade humana.

Dessa forma, na mesma medida em que novos corpos são atrelados às funções de uma vida rentável e economicamente consumível, o crime sexual faz aparecer diferentes leituras de autores e de vítimas. Especialmente se a vítima for criança. O criminoso sexual reúne em si todas as características desprezíveis e puníveis de uma sociedade de consumo. Afinal, ele consome o sexo alheio, indefeso e ingênuo de uma sociedade em que nada é ingênuo. O crime sexual mostra uma face instigante do discurso punitivo.

No terceiro Capítulo, intitulado *“Em resposta à carne: notas sobre o corpo sexual e sistema penal contemporâneo”*, abra-se a possibilidade de refletir sobre respostas aos discursos criminalizadores da carne humana. Uma carne que, entre o debate do amor da erótica platônica e a culpa da pastoral cristã, foi investida pelos discursos punitivos, aparecendo como um “espaço” privilegiado para o controle sobre a vida. Neste trabalho procuramos mostrar na constituição das letras legais sobre o crime sexual no país uma parte dessa trajetória da violência sexual sobre a “carne”.

Uma resposta que pode ser delineada em meio às estratégias de controle de políticas públicas de “segurança” voltadas para a vida produtiva ou para a exclusão “culpável” dos corpos improdutivos. Respostas que têm em comum a “marca” do corpo culpável mediante sua seleção e neutralização.

Todavia, outras respostas poderiam ser possíveis para além do poder sobre a vida humana. As contribuições de Foucault são essenciais para a reflexão da própria politização da vida como um espaço para que as resistências apareçam. Resistências

pontuais, pequenas e circulares em uma vida possível de ser vivida que extrapolam os controles e as sujeições do que Peter Pál Perbart delimita como um “corpo que não agüenta mais”. Um corpo que não aguenta mais esforço, que não aguenta mais tudo aquilo que o coage por fora e por dentro. Um corpo submetido às modelagens disciplinares e controles descritos intensamente por Foucault. Um corpo que não aguenta mais “o sistema de martírio e narcose que o cristianismo primeiro, e a medicina em seguida, elaboram para lidar com a dor, um na seqüência do outro e no rastro do outro: a culpabilização e patologização do sofrimento, insensibilização e negação do corpo”¹⁴.

Resistir seria uma possibilidade para a emergência de novas formas de vida e, por seguinte, novas formas de relação entre o sexo, o corpo e seus controles. No discurso do Direito Penal, o crime sexual muda, mas ainda permanece a violência sexual. Uma violência cuja resposta poderia se construir mediante a valorização da dignidade afastada dos modelos de controle social seletivo e excludente. Uma dignidade atenta às formas de vida diferentes.

Sobre o controle dos indivíduos “sexualizados”, um dos mais profícuos discursos modelados às expectativas de poder é o Direito Penal, como estratégia de seleção e de submissão dos indivíduos. Esta é uma das histórias possíveis sobre as transformações das formas de submissão dos corpos e do sexo à violência punitiva.

¹⁴ PELBART, Peter Pál. *A Vida Capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 45.

CAPÍTULO I

Crime, culpa e sexo: O Discurso da Criminalização da Moral Sexual

*“A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue”.
Artigo 176, item VIII, da Constituição do Império do Brasil de 1824.*

A reconstituição da história da violência sexual figura como uma proposta que pode facilmente apoiar-se na ordem do impossível, pois poderia representar uma abordagem alegórica e linear da formação e permanência das “regularidades discursivas”, dos enunciados, dos saberes ou das “verdades” universais sobre a inquietante relação entre crime, culpa e sexo. Uma abordagem histórica “tradicional” que, segundo as críticas de Michel Foucault, percorreria as grandes continuidades de pensamento, limitando-se a reconstruir os encadeamentos discursivos capazes de conduzir a uma totalidade ou à busca por uma origem¹⁵.

Por meio dessa história “tradicional”, todo um saber sobre a análise das instituições sociais, da economia e do Direito, foi construído a partir de esquemas globais e lineares, atrelados ao pensamento antropológico¹⁶.

Se a história do pensamento pudesse permanecer como o lugar das continuidades ininterruptas, se ela unisse, continuamente, encadeamentos que nenhuma análise poderia desfazer sem abstração, se ela tramasse, em torno do que os homens dizem e fazem, obscuras sínteses que a isso se antecipam, o preparam e o conduzem indefinidamente, para seu futuro, ela seria, para a soberania da consciência, um abrigo privilegiado. A história contínua é o correlato indispensável à função fundadora do sujeito: a garantia de que tudo que lhe escapou poderá ser devolvido; a certeza de que o tempo nada dispersará sem reconstituí-lo em uma unidade recomposta; a promessa de que o sujeito poderá, um dia – sob a forma da consciência histórica – se apropriar, novamente, de todas essas coisas mantidas à distancia pela diferença, restaurar seu domínio sobre elas e encontrar o que se pode chamar sua morada. Fazer da análise histórica o discurso do contínuo e fazer da consciência humana o sujeito originário de todo o devir e de toda a prática são as duas faces de um mesmo sistema de pensamento. O tempo é aí concebido em termos de totalização, onde as revoluções jamais passam de tomadas de consciência.¹⁷

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 5ª. Edição. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 06.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, 1997, p. 07.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, 1997, p. 14-15.

As continuidades históricas abrigariam, na perspectiva de Foucault, a própria história do sujeito e da consolidação da consciência e racionalidade subjetivas tão caras à modernidade. O “perigo” desse modelo de narrativa histórica é a transposição da experiência e dos discursos da nossa atualidade como um molde para explicar as formas de vida (e da violência sexual) em outros tempos (ou em outros discursos).

Assim, se possível lembrar-se das palavras de Pietro Costa sobre os dilemas e os instrumentos da historiografia, em conferência realizada em Curitiba, em 19 de setembro de 2007:

O núcleo de sua experiência (o sentido de sua aposta – tendencialmente – impossível) é o alargamento dos confins do mundo, a tentativa de tornar menos peremptória e exclusiva a forma de vida que nos é familiar: o *idolon* abatido pela moderna antropologia cultural é o eurocentrismo. A identificação com um lugar não é, porém o único vínculo que nos aprisiona. Igualmente tirânico é outro *idolon*: o cronocentrismo, assunção do presente como nosso horizonte fechado e exclusivo. A aposta da historiografia, como a da antropologia cultural, é justamente evocar a existência ou a possibilidade de outros tempos e outras formas de vida.¹⁸

O desafio de desvelar uma historiografia diferente da narrativa linear do tempo e do sujeito moderno não facilita sua abordagem ou seu enfrentamento. Para Foucault, isso implica em romper com as tradicionais “fontes” históricas e com seus “documentos”, ou seja, romper com o abrigo da soberania do sujeito transcendental.

Seu dilema é a construção da possibilidade de uma análise dos conteúdos históricos além e aquém da validade dos regimes discursivos tradicionais; uma história *nova*, viva, como proposta por sua *Arqueologia*, mediante a contestação das próprias análises históricas com o uso da descontinuidade, da definição de níveis e de limites, da descrição das séries específicas e da revelação dos jogos das diferenças em relação às fontes, aos documentos, aos arquivos de pesquisa.

Uma crítica às formações discursivas modernas que criam um sujeito transcendental¹⁹ de modo tão eficiente que permanece para nós, especialmente do Direito, o incontornável no pensamento. A tarefa arqueológica é a desconstrução. Uma

¹⁸ COSTA, Pietro. *O Conhecimento do passado: Dilemas e Instrumentos da Historiografia*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 17.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, 1997, p. 16.

desconstrução iniciada nas reflexões históricas, pelo revelar de discursos mudos e dispersos ou de objetos sem sentido, mas que atingiram certamente a tão cara noção de subjetividade²⁰.

Com as leituras de Foucault, o sujeito aparece no mundo de forma marginal. Os grandes temas da filosofia do sujeito cedem espaço para um saber construído no interior dos asilos, das prisões, dos orfanatos, dos hospitais. As pequenas desgraças humanas, a doença, a loucura e o crime, passaram a ser compreendidas nos pequenos fragmentos de vida registrados no interior dessas instituições²¹. É mediante esses fragmentos de vida, que a ideia do sujeito foi se constituindo no interior dos saberes e dos poderes.

Nos anos 70, Foucault, em sua aula inaugural no Collège d'France “*A Ordem do Discurso*”, passa a destacar a importância dos critérios de poder na formação e permanência dos discursos, deslocando assim suas preocupações das formas de saber para as tecnologias de poder presentes na sociedade. O discurso, como tema, ganha uma materialidade até então desconhecida, entrelaçado diante de uma relação de poder:

Em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjugar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.²²

A formação dos saberes e as regras de elaboração, distribuição e controle dos discursos devem ser pensadas a partir de práticas de poder²³. Saber e poder formam, desse modo, um complexo indissociável em um esquema de análise que possibilitou suas reflexões posteriores sobre a temática do sujeito. Assim, a *arqueologia* encontrou na materialidade dos discursos um limite, mas esse limite pôde ser superado com a emergência da *genealogia* dos poderes, um deslocamento anunciado por Sergio Paulo

²⁰ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, 1997, p. 08.

²¹ FOUCAULT, Michel. A Vida dos Homens Infames. In: *Ditos e Escritos. Volume IV. Estratégia, Poder-Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 207.

²² FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. 9ª. Edição. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 09.

²³ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 176.

Rouanet como da “exumação das regras para a formação dos discursos pela história da gênese das práticas de poder”²⁴.

Se a materialidade do discurso expressa uma “vontade de poder”, a análise do corpo legal que permeia as sociedades pode constituir uma leitura histórica interessante na formatação e no controle das condutas humanas. Sob o discurso da lei (e seus maneirismos) emergem os mecanismos de poder e de saber, pelo qual o Direito Penal e a elaboração de uma economia punitiva tomam forma como um instrumento de seleção, de controle e de culpabilização sobre os corpos humanos.

Todavia, marcar um início para essa indisciplinada narrativa legal já constitui em si um grande problema. Um problema, pois toda tomada de decisão sobre os cortes no discurso implica deixar algo de fora, uma decisão de autor que revela seu poder de escolha, seu poder de narrativa, seu poder de controle²⁵. Sob o discurso legal, há mais do que a mera soberania impositiva sobre os corpos, pois as letras da lei podem fazer aparecer as contradições e as discontinuidades, e possibilitar uma leitura para além de nosso tempo e do nosso modo de vida, como destacado por Paolo Cappelini.

Nosso foco não pretende discursar sobre uma história legal “tradicional” do crime sexual no Brasil, mas voltar nosso olhar para os interstícios da lei nas lacunas e nos vazios dos discursos legais sobre as culpabilizações da “carne humana” moldadas às demandas de poder em cada tempo e em cada “regularidade”. Voltar o olhar para as formas de lei construídas sob os discursos punitivos do crime sexual não significaria, nesse contexto, pactuar com as leituras “soberanas” de uma legislação que “evolui” ao longo tempo, mas primar pelas discontinuidades e continuidades possíveis no entrosamento entre o corpo sexual, o crime e culpa; e suas consequências no jogo de saber e poder que forma, condiciona, delimita ou adentra os sujeitos humanos.

O texto deve ser lido pela perspectiva de uma abordagem histórica descompromissada com o tempo “positivista” dos marcos legais e compromissada com o tempo e com as formas de vida emergentes de cada mecanismo de poder e de saber, de cada economia punitiva gestada *sobre e para* o corpo humano, e, ainda, do

²⁴ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*, 2004, p. 176.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*, 2003, p.15.

sexo. Um modelo de “filtro teórico” atento às possibilidades abertas pelo discurso da lei penal em traçar em linhas tênues as estratégias de poder e de controle que incidem sobre os corpos sexuais, sob o discurso da culpa ou o discurso da punição.

Assim, ao voltar o olhar para o discurso legal, as reflexões de Foucault se tornam fundamentais para percorrer as vicissitudes das formas de poder e saber que delimitam o corpo humano no interior das estratégias punitivas, buscando na relação entre corpo e sexo, as trajetórias das penas, das tipificações legais, dos autores, das vítimas, do político e da própria tomada da vida humana como estratégia de poder.

1.1 Os crimes contra a honra e o bom nome da família

1.1.1 Crime e Pecado

Construir um discurso possível sobre a violência sexual e seu “abrigo” pelos sistemas punitivos passa pelo desenho realizado pelo cristianismo da relação entre corpo e sexo. Segundo Richard Sennett, o cristianismo possibilitou uma nova dinâmica sobre tal relação apoiada em duas compreensões distintas:

Primeiro: que os corpos de ambos os sexos são iguais, uma vez que são esculpidos à imagem e à semelhança de Deus. A indistinção sacra entre os corpos masculinos e femininos não significaria um reconhecimento de uma “sexualidade”, mas certa compreensão que o corpo cristão deve renunciar ao sexo, às aparências materiais, às vaidades e à riqueza em suas condutas. Daí, conforme Sennett, a preocupação de São Paulo, em Coríntios I, em estabelecer a necessária diferenciação das vestimentas entre homens e mulheres. Na abstinência do sexo, inscreve-se a abstinência do corpo. O corpo de Cristo (o Verbo e a Carne) não é masculino, nem feminino, mas a própria essência de um corpo alheio e puro, que atravessa a carne e se plenifica em espírito²⁶. O corpo “exterior” é o lugar da marca, da vestimenta, da distinção; o corpo “interior”, o lugar da aproximação com o divino.

²⁶ Nesse sentido destaca a teologia “feminista” que reitera a importância das tradições cristãs ligadas à valorização do corpo e da alma feminina em contraposição a uma visão “complementarista” do corpo feminino, que versa sobre a complementaridade do corpo feminino perante Deus (pois foi “forjada” da

Segundo: o cristianismo delineou uma espécie de aliança com os corpos vulneráveis – os pobres, os desamparados e os oprimidos. Essa aliança, exemplificada no evangelho de São João pelo perdão de Jesus à mulher adúltera ou em João Crisóstomo em que “aquela que está despida é uma prostituta, mas sua natureza é a mesma, são corpos idênticos, tanto o dela quanto da mulher digna”²⁷, está assentada no ideal cristão de igualdade entre os corpos tanto dos humildes quanto dos ricos. Assim, todo corpo, independente do status, da classe ou do sexo, aparece como um corpo vulnerável à fraqueza a que está sujeito. A vulnerabilidade dos corpos se apresenta diante da “concepção religiosa do corpo de Cristo, de origem singela e que se fez frágil pelos outros. O que seu martírio deveria restaurar era a honra dos que se pareciam com ele no mundo”²⁸.

Diante da vulnerabilidade do corpo, foi elaborada uma série de prescrições e proibições sobre os perigos originários da carne. O corpo, segundo Batista, deve ser “evitado, coberto e imperceptível”, apenas “gravitando juridicamente em torno da única função em nome da qual se pode tolerar o sexo, a procriação”²⁹.

Assumindo o prejuízo (e o poder da escolha) no desenho possível entre crime, culpa e sexo, um dos episódios mais determinantes é a profunda relação entre o discurso legal do crime sexual com as normas e prescrições da Igreja Católica, reunidas pelo Direito Canônico³⁰. O crime sexual durante muito tempo esteve atrelado

costela de Adão). SCHROER, Silvia. *A Caminho para uma reconstrução feminista da história de Israel*. In: Exegese Feminista. SCHOTTROFF, Luise; SCHROER, Silvia; WACKER, Marie-Theres. Tradução de Monika Otternann. São Leopoldo: Sinodal/Est; São Paulo: Aste, 2008, p. 53.

²⁷ SENNET, Richard. *Carne e Pedra*. Trad. de Marcos Aarão Reis. Rio de Janeiro: BestBolso, 2008, p.140.

²⁸ SENNET, Richard. *Carne e Pedra*, 2008, p.140.

²⁹ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro* I. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 216.

³⁰ Segundo Hespanha, “o Direito canônico é o direito da Igreja cristã”, que surge em decorrência da própria expansão Institucional da Igreja. Originado de uma compilação iniciada no século XII por Graciano – a *Concordantia discordantium canonum* – ou o *Decretum Gratiani*, reuniu cerca de 4000 textos de relevância jurídica. Em 1234, Gregório IX encarregou o dominicano Raimundo de Penhaforte para completar a compilação de Graciano. O resultado são as *Drecretales extra Decretum Gratiani vacantes*, divididas em cinco livros. Em 1298, Bonifácio VIII insere mais um livro, o *Liber Sextum*. Clemente V acrescenta as Clementinas, em 1314. E João XXII, as Extravagantes de João XXII. No final do século XV, apareceram as Extravagantes comuns. Segundo Hespanha, o conjunto destas coleções passou a se chamar *Corpus Iuri Canonici*, à semelhança do nome dado à compilação de Justiniano,

ao pecado de “carne”. Aliás, o tema do sexo gira em torno das formas de agressão à carne santificada pela Igreja Católica. Nesse sentido, destaca Batista, “para a melhor compreensão dos crimes sexuais no direito canônico, convém advertir que a apropriação jurídico-penal da Igreja é inteiramente original” ³¹, suscitando o debate sobre a condição (suspeita) feminina, a desconfiança em relação ao corpo, ao prazer sexual, o tabu da sodomia, assentadas mediante um esquema de condutas prescritas e proibidas pela Igreja por entendê-las como gravosas para a vida divina.

O grande crime-pecado são as diversas formas de práticas e desejos sexuais contra a natureza³² (a sodomia e a bestialidade) e os atentados contra o casamento (adultério, bigamia, rapto e o incesto). O sodomita e o adúltero são mais do que os transgressores da norma terrena, pois romperam o pacto divino sacramentalizado pelo poder de Deus e da Igreja. Sua denúncia e julgamento, não raro, também implicavam a perda dos bens e a perda da vida. Seguidos pelo rapto, sedução, violência carnal (estupro), prostituição, os crimes-pecados constituem a letra de uma sociedade cujo primado cristão do controle pelo pecado é elencado como parte da estratégia de poder soberano.

Tal relação entre crime e pecado foi recebida nos primeiros conjuntos legais a desembarcarem no Brasil, afinal, colonizados por Portugal, sua herança jurídica se faz presente na construção de um ideário jurídico nacional. Entre Portugal e Brasil, circularam costumes, poderes e cultura responsáveis pela edificação das noções dos conceitos jurídicos nestes dois países de tal forma que se pode afirmar que a cultura jurídica portuguesa figura como uma espécie de matriz para a formação do

mantendo-se em vigor até 1917, data da publicação do *Codex Iuris Canonici*. Tal compilação foi utilizada como modelo nas Ordenações Portuguesas. HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Portugal: Fórum da História, 2003, p. 110.

³¹ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro* I. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 215.

³² Segundo Batista, os delitos contra a natureza, para além da proteção ao casamento legítimo, tinham como escopo a repressão ao sexo, especialmente as relações de coito ilícito. A grande figura delitiva é a sodomia que abrigava a pecaminosa relação entre homens, mas também o coito anal de pessoas casadas (sodomia imperfeita). Em 1499, D. Manuel estende as mulheres, em Portugal, a pena de ser “queimado e feito em pó, por tal que seu corpo e sepultura possa ser olvida memória”. Em 1501, também foi estendida às mulheres a pena de morte pelo crime-pecado de bestialidade. A molície (masturbação), foi incorporada ao direito régio português em 1597. BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro* I. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 220.

pensamento jurídico nacional. Uma matriz que, para além dos dispositivos legais, também desenha alguns dos mecanismos de controle social que serão decisivos para a consolidação de uma ordem de obediência e de submissão dos corpos aos mecanismos de poder vigentes³³.

Os primeiros marcos legais a despontar no território brasileiro (e um tanto imprecisamente) são as Ordenações do Reino³⁴ (as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas).

Sem instituições jurídicas (elas só se formariam em torno do século XVII) e sem uma cultura jurídica própria (apenas no século XIX, com a formação dos primeiros cursos de direito e os Códigos nacionais)³⁵, os primeiros anos de nossa colonização foram marcados pela transposição das leis portuguesas e sua possível aplicação em um território inóspito, flamejante e gigantesco, em que viviam milhares de corpos “não-portugueses” subjugados pela lei sacrificiosa de Deus e do Colonizador.

As Ordenações Portuguesas, de forma geral, não constituem um código legal no sentido como o compreendemos em nossa atualidade. Trata-se de um grande esforço para uma compilação de leis (escritas e orais) já existentes e costumeiramente aceitas nos limites do Reino³⁶. As Ordenações, especialmente as ditas “Afonsinas”, são uma

³³ NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Revam, 2007.

³⁴ “As Ordenações Portuguesas, Afonsinas de 1466, Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603 são expressões da influência de dois modelos de ordenações que compuseram a ordem jurídica medieval, o *Corpus Iuris Civilis* e o *Corpus Iuris Canonici*. Estes dois modelos de Ordenações são fundamentais para a delimitação da experiência do Direito Comum europeu (séculos XV, XVI, XVII). Segundo Hespanha, o *Corpus Iuris Civilis* (nomeado apenas XVI, foi compilado a partir do século VI, por Justiniano, era composto por quatro livros entre eles o Digesto (seleção, resumo) ou Pandectas (obra enciclopédica de 533 d.C até à legislação imperial de seus antecessores, o Código (livro), 529 d.C. As Instituições, de 530 d.C e as Novelas, em 565 d. C, póstumas”. HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Portugal: Fórum da História, 2003, p. 96.

³⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

³⁶ Sobre a Codificação destaca Cappellini: “Portanto, antes de tudo, o código é filho típico (e se deveria acrescentar, intrinsecamente revolucionário) da Modernidade e de seu Absolutismo Jurídico: o código moderno nasce como uma experiência alternativa à Ordem jurídica medieval (e do Antigo Regime); como tentativa de instaurar uma unidade geral (contraposta à comum) no ordenamento jurídico que assinale o triunfo definitivo da *loi* sobre o *droit* (segundo definição remissível a Bodin), do direito positivo (justo por si mesmo) sobre a justiça, e da onipotência do legislador sobre a “iurisprudência” do jurista. A Primeira grande onda das codificações modernas foi gerada por aquela que pode ser chamada a aliança entre Jusnaturalismo e Iluminismo e encontra, não por acaso, o seu ápice secularizante definitivo na

espécie de classificação taxionômica³⁷ dos conjuntos e das práticas legais (e religiosas) que formavam um corpo legislativo plural e rico dos costumes e da cultura de sua época. Iniciada no reinado de D. Afonso III foi concluída em 1446, portanto antes da colonização brasileira³⁸. Como destaca António Manuel Hespanha, uma das principais características da ordem jurídica medieval foi a “convivência de diferentes ordens jurídicas como o direito comum (identificado com o *Corpus Iuris Civilis*), o direito canônico (direito comum em matérias espirituais) e os direitos próprios”. Tal seria a condição de possibilidade de um “pluralismo jurídico”³⁹ como o identificado em Portugal.

Um pluralismo que figurou como a condição de possibilidade da reunião de leis em um modelo de “Ordenações”, um esforço de sistematização promovido pelo Reino de Portugal, composto por cinco livros, sendo que o último (ou o livro V) tratava dos “delitos, das penas e do processo penal naquilo mesmo que lhes são próprios”. Nesse livro, encontramos as descrições sobre o que é entendido como “crime de carne”, concatenadas com o forte espírito religioso e absolutista da época.

As Ordenações Filipinas durante mais de dois séculos (até a promulgação do Código Penal do Império, em 1830) vigoraram como uma compilação legal-penal nas terras brasileiras que traduziu, mediante a riqueza pluralista das antigas Ordenações, o “espírito” legal lusitano e seu modelo de colonização. Um “espírito” manifestado pela violência e crueldade de sua penalogia, pela forte influência do “rei” na aplicação da lei

experiência revolucionária francesa cristalizada por Napoleão, no Code Civil de 1804. CAPPELLINI, Paolo. *Sistema Jurídico e Codificação*. Curitiba: Juruá, 2007, p.17.

³⁷ Para Foucault “a condição de possibilidade dos conjuntos legais do Antigo Regime é a sua disposição em uma ordem taxionômica regentes não só as noções medievais de direito, mas toda forma de conhecimento possível. Tal espécie de grande classificação taxionômica reflete os próprios mecanismos de ordenação dispostos em grandes cadeias de ‘semelhanças e diferenças’”. Nesse sentido, convergem suas reflexões em FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 1996; *As Palavras e as Coisas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁸ As Ordenações Manuelinas foram compiladas a partir de 1505, por D. Manuel, o Venturoso. As Ordenações Manuelinas foram uma espécie de revisão e adequação das Ordenações Afonsinas. Foram publicadas em 1521 vigorando até 1603. E, mesmo durante seu período de “vigência” foram “reformadas” já em 1569, por Duarte Nunes Leão (e a intensa participação dos letrados da Universidade de Coimbra).

³⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Portugal: Fórum da História, 2003, p. 118.

penal, pelas desproporcionalidades entre algumas condutas consideradas criminosas e suas penas e a consolidação da regra geral de aplicação da pena de morte para inúmeros delitos.

Um modelo de compilação legal próximo ao descrito por Foucault como um “poder de morte” ou um “direito de espada” do soberano para fazer morrer seu súdito e valer sua soberania por meio da imposição e da publicização de espetáculos cruéis, os suplícios⁴⁰. O sofrimento do corpo supliciado é a réplica da ofensa ao soberano aliada a sua reafirmação de poder coletivo. E um exemplo de seu poder era sua atuação contra a “monstruosidade”, ou seja, contra qualquer tipo de ofensa ao poder de soberania, que comportava certa noção de violência sexual.

Embora, para Foucault, o reconhecimento da sexualidade como uma qualidade corporal ainda não seja possível nesta economia punitiva, as relações sexuais impróprias ou contra a natureza apresentam-se (marcadas pela moralidade cristã), como um tema da monstruosidade. O crime sexual não aparece como uma qualidade do crime, tampouco do criminoso. Ele é apenas um crime contra a natureza ou um pecado público e bestial, cuja réplica se edifica no próprio corpo como sede da economia punitiva. Daí a necessidade de marcar o corpo pecador para diferenciá-lo (e não para tratá-lo ou recuperá-lo), a fim de deixar exposta a marca da culpa no corpo, em um registro público da expiação do crime-pecado e da vontade do soberano que precisa ser supliciada. A contribuição desse sistema punitivo é a definição da culpa jurídica mediante sua marca em corpos monstruosos, diferente dos corpos servis pertencentes ao soberano e à Igreja.

A coroação desta economia punitiva restava completada pelo jogo de poderes orquestrados pela confissão cristã. A confissão era o elemento central na dinâmica de produção da culpa, pois representava a manifestação da verdade por excelência, dispensando qualquer outro conjunto probatório. Não há verdade sem confissão, nem

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 26ª. Edição. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 40.

que ela seja realizada diante do cadafalso ou pela tortura do corpo. A confissão do crime seria o momento da afirmação do poder do rei e da sua legitimação para punir⁴¹.

No que tange aos crimes sexuais, sua previsão nas Ordenações estava no Título XIII (atrás dos crimes de heresia e de lesa-majestade), pela descrição “*dos que commtem peccado de sodomia, e com animais*”. O crime sexual é descrito como um pecado mortal, passível das mais duras punições: para a sodomia a pena era a morte atroz (queimado), tamanho seu pecado, como se segue:

Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commeter, seja queimado, e feito per fogo em pó, ara que nunca seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, postoque tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inha-biles e infames, assi como os daquelles que cometerem crime de lesa majestade.⁴²

A gravidade do “crime-pecado” versa até sobre a qualidade da pessoa, não havendo distinção de sexo ou de classe social. A sodomia (ter relações homossexuais ou com animais) é proscrita pela lei de “Deus” e do soberano, não passível de perdão e provada com o testemunho de duas pessoas honestas.

No Título seguinte, há a proibição do infiel que dorme com mulher cristã e do cristão que dorme com infiel. Para aqueles que porventura venham a ter qualquer tipo de contado sexual com não cristãos haveria a imposição de pena de morte, pois tamanha era impureza do corpo do infiel. Assim:

Qualquer cristão, que tiver ajuntamento carnal com alguma Moura, ou com qualquer outra infiel; ou cristã com mouro, ou judeu, ou com qualquer outro infiel, morra por isso, e esta mesma pena haverá o infiel.⁴³

Entretanto, se o cristão forçar a infiel ou se tiver relações sexuais sem saber da condição da mulher infiel, não haveria pena alguma para o cristão. Neste caso, o pecado estará perdoado por ignorância, mas a mulher que o “enganá-lo” ainda será passível de ser punida com a morte.

Ainda, são considerados pecados gravíssimos passíveis de pena de morte: “*Dos que entram em Mosteiro, tira Freira ou dorme com ella, ou a recolhe em casa*”; “*Dos*

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 77.

⁴² PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2001, p. 106.

⁴³ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2001, p. 107.

que dormem com suas parentas e afins (incesto)”; “Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della ou a leva per sua vontade” (estupro); “Do homem, que casa com duas mulheres, e da mulher que se casa com dous maridos” (bigamia); “Do que casa, ou dorme com parenta, criada, ou scrava branca daquelle, com que vive”; “Do que dorme com mulher casada (morte para os dois no adultério)”; “Do que dorme com mulher casada de feito, e não de direito, ou que está em fama de casada”⁴⁴.

Nota-se que a pena de morte imposta aos pecados mais graves leva em consideração o conjunto de prescrições da Igreja. A gravidade dos “crimes-pecados” não levava em conta qualquer menção à violência contra as vítimas ou sequer seu consentimento. A “carne” cristã é punível com morte quando se desvirtua do caminho moral desenhado pela Igreja Católica e legitimado pelo conjunto legal.

Seguem-se aos crimes punidos com a morte, aqueles cujas penas são as “mortes civis”, ou seja, o desterro, o confisco de bens, o pagamento de valores, a perda de cargo ou função, a penitência religiosa, e a forma mais comum de resolver a violência sexual contra a mulher: a obrigação do casamento como forma de extinguir o pecado e reparar o mal. São considerados pecados menos “graves”: *“do que dorme com mulher que anda no paço, ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher virgem, ou viúva honesta, ou scrava branca de guarda”; “do Official Del-Rey, que dorme com mulher que perante elle requer (pena de desterro na África durante 1 ano); “Do que dorme com mulher virgem, ou viúva honesta per sua vontade”; Do que casa, ou dorme com parenta, criada, ou scrava branca daquelle, com que vive”; “Que nenhum homem Cortesão, ou que costume andar na Côrte, traga nella barregão” (manter uma amante (“teúda e manteúda”); “Dos barregueiros casados e de suas barregãss”; “Das barregãas, que fogem áquelles, com que vivem, e lhes levão o seu (furto de bens do amante); “Dos barregãas dos Clérigos e de outros Religiosos (apenas se provado que o clérigo entrou em sua casa sete ou oito vezes, a pena é em dinheiro e desterro para fora do bispado durante hum ano); “Que o Frade, que for achado com alguma mulher, logo seja entregue a seu superior (não vão para a Cadeia); “Dos alcoviteiros, e dos que sem suas cazas consentem a mulheres fazer mal de seus corpos” (não se trata do crime de prostituição propriamente dito, mas qualquer outra*

⁴⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2001, p. 106-118.

forma considerada inadequada de tratar o corpo feminino, como banhos, enfeites, relações sexuais (entre amantes) e a temível masturbação); “Dos ruffiães e mulheres solteiras” (prostituição); e, por fim, “Do homem, que se vestir, em trajos de mulher, ou mulher em trajos de homem, e dos que trazem mascaras”⁴⁵.

Esses eram os “crimes-pecados” que fizeram parte da história da criminalização imposta por nossos colonizadores. Sua leitura nos remete para uma legalidade em que as marcas corporais de um mundo masculino, colonizador e cristão operam com uma força contra as “carnes” oprimidas. Um mundo onde os homens proprietários podiam dispor dos corpos e da sexualidade, ainda que sejam os sujeitos ativos principais de tais “peccados”, sobre eles imperam a poder de mando sobre a vida e a morte das mulheres, das crianças, dos serviçais, dos escravos.

Todavia, são as mulheres um dos corpos que mais claramente foram classificados e selecionados de acordo com sua posição social: mulheres brancas, cristãs, livres, solteiras honestas, virgens ou viúvas honestas, são “protegidas” por um sistema legal que se impõe mediante a reparação prodigiosa do casamento. Para aquelas que seguem o pecado do desejo, sobra a morte para as adúlteras, para aquelas que se sujeitam à fraqueza da carne e consentem relações sexuais impróprias.

Havia as mulheres consideradas as “teúdas e manteúdas”, mulheres protegidas por senhores, mas impossibilitadas pelo abrigo do casamento. Às amantes restam o perigo do desterro ou da chibata e a vergonha perpétua de sua condição inferior. Assim, como as mulheres da “caza”, parentas, viúvas, solteironas ou escravas (brancas sempre) pertenciam de fato e de direito a seus senhores, qualquer atentado contra essa ordem de dominação (sexual) era passível de castigos corporais. Um romance ou um casamento não aprovado por seu senhor figurava como um crime sério, cujas consequências eram o desterro do pretendente e a violência para a pretendida⁴⁶.

As infiéis ou não cristãs sequer figuravam como sujeitos a ser protegidos. Em um conjunto legal cujo postulado é o pacto de fidelidade cristão, o corpo do fiel é tão indigno quanto o mais tortuoso pecado. Eis que a violência contra seu corpo constitui

⁴⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2001, p. 106-118.

⁴⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2001, p. 106-118.

um perigo para o corpo e a alma do violador. Nenhuma palavra sobre a vítima, apenas sua culpa perpetuada pela exclusão de sua “carne”.

Entre aqueles considerados os não sujeitos, havia os índios, os escravos negros e outros homens (cujo pecado os condena como sodomitas). Aos índios eram dispensados os cuidados de uma raça inferior que precisava ser adestrada à cultura dominante, incluída nessa conta sua submissão ao poder sexual do colonizador. As índias, as filhas de ninguém, nuas, altivas e de corpos enaltecidos, não eram proibitivas como as infiéis, tampouco indignas como as escravas. Seus corpos foram considerados um vazio jurídico por excelência que se tornaram o alvo da violência contra carne, em uma cultura em que sua nudez, suas formas, suas carnes eram valorizadas como “naturalmente” sedutoras e “naturalmente” pecadoras.

Aos escravos negros, poucas palavras nas leis lhes foram dirigidas, afinal para haver o “pecado da carne” era necessário reconhecer um corpo em falta, uma alma a ser salva e um estatuto de sujeito que foi negado aos escravos negros. Vistos e incorporados no cotidiano da colônia como *res*, como coisa e propriedade de alguém, são os escravos (homens e mulheres) que constituíram a força motriz de produção da colônia e da violência contra o corpo⁴⁷.

No período colonial brasileiro, os corpos da colonização foram submetidos a uma ordem jurídica que, em sua pluralidade, foi ao mesmo tempo distante e, não raro inacessível, para aqueles que viviam além d’Mar. Entre a escrita da lei ordenada e a violência sexual, nos restam mais hiatos e silêncios sobre os corpos daqueles sujeitos que vieram a compor os primeiros séculos de nossa colonização.

Segundo Ronaldo Vainfas, o estudo da sexualidade na sociedade colonial brasileira representa o dilema entre as leis de uma metrópole e o cotidiano de casas grandes e senzalas. A preocupação com as “moralidades” e os “prazeres da carne” foi constante em uma sociedade que tentava se edificar entre o modelo da cristandade romana e os desafios da difícil vida na colônia. Isso não significa, segundo o historiador, pactuar com certa tradição de pensamento que define a colonização como

⁴⁷ Nesse sentido, NEDER, Gizlene & CERQUEIRA, Gisálio. *Família, Poder e Controle Social: concepções sobre a família no Brasil na passagem à modernidade*. In: *Idéias Jurídicas e Autoridade na Família*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 13.

terra de “degradados, mal-feitores e infames”, mas buscar entender as dificuldades da vida e da formação de espaços privados de convivências nos anos da colonização⁴⁸.

Vainfas destaca que as residências eram bastante precárias, mesmo as casas dos proprietários rurais (apenas em torno do século XVII se organizaram as chamadas “casas grandes”). Térreas e com pouquíssima infraestrutura, as casas eram lugares onde o viver e os trabalhos dividiam o espaço com inúmeras pessoas (entre familiares e serviçais)⁴⁹. Há de ser destacar a intensa circulação de escravos e de índios. É nesse quadro que a sexualidade em terras coloniais poderia ser pensada.

Na análise de Gilberto Freyre⁵⁰, o processo de colonização possibilitou a emergência de um “impulso de miscigenação” entre o branco português e a oferta dos corpos desnudos das índias. A falta de mulheres brancas é vista como a condição deste “encontro” que de certa forma é glamorizado no ideário da constituição de um povo mestiço. Assim, destaca Vainfas, embora haja relatos que tais relações entre o branco português, índias e negras constituíram um núcleo até afetivo (e familiar) extrapolando a ideia de relações episódicas e violentas, não se pode negar que tais relações sexuais aconteciam sob a égide de uma dominação masculina, portuguesa, branca e cristã sob corpos inferiorizados das índias e das negras à mercê das vontades do colonizador, não raro mediante o uso da violência física. Os estupros de negras e de índias constituíram crime na medida em que poriam em risco a alma do violentador, passíveis de punição pelo esforço da Igreja (especialmente da comunidade jesuítica) em velar pelas almas do novo mundo.

Para Vainfas, tais contradições apenas iluminam a complexidade do período da colonização brasileira e sua relação com a sexualidade e a miscigenação⁵¹. Entre a violência do dominador e o afeto, uma relação de controle social se desenhou tendo

⁴⁸ VAINFAS, Ronaldo. *Moralidades Brasileiras: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista*. In: História da Vida Privada no Brasil, Vol I. São Paulo: Companhia da Letras, 1997.

⁴⁹ VAINFAS, Ronaldo. *Moralidades Brasileiras: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista*. In: História da Vida Privada no Brasil, Vol I, 1997.

⁵⁰ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal*. 10. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1961.

⁵¹ VAINFAS, Ronaldo. *Moralidades Brasileiras: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista*. In: História da Vida Privada no Brasil, Vol I, 1997.

por personagens o homem branco, a mulher negra e índia, a mulher branca, a Igreja Católica, as relações econômicas e de poder, sem esquecer dos “não-ditos” das relações sexuais entre homens, como descrito por Mott⁵² em seu trabalho sobre a sodomia entre senhores e escravos.

Esse desenho senhorial e servil que investe a questão das relações sexuais e da violência sexual na colônia lança os aportes para pensarmos nas implicações que a constituição da lei penal sobre os crimes sexuais irá percorrer no Brasil. Na produção do discurso do colonizador como senhor da vida e da morte; no ideário de relações lícitas e ilícitas entre o dominante e o dominado; na constituição de um corpo servil de sexo; nas prescrições religiosas e na tolerância afetiva das relações entre senhor e servas; a complexidade do tema toma forma na história brasileira possibilitando os contornos das tipificações e das ausências de nossa legislação.

1.1.2 A proteção da honra: o Código Penal de 1830

O primeiro conjunto legal criminal oficialmente brasileiro foi promulgado pelo então Imperador do Brasil D. Pedro I na data de 16 de dezembro de 1830. O Código Penal foi uma resposta do primeiro governo brasileiro para formatar uma noção de “nação” ainda em construção nas terras da colônia. Uma resposta pautada na necessária condição de estabelecer, ao final do período colonial, um desenho para as estratégias de controle social mais afastada do ideário do senhor do engenho ou fazendas de café como instrumento de controle dos escravos.

Assim, o Código Penal representou o afastamento de uma racionalidade punitiva cruel e suplicante identificada com um sistema político e econômico também rejeitado. Os ventos da modernização (partidos da metrópole portuguesa) chegaram à colônia e constituíram um importante fator na construção de um novo ideário social, político e econômico que refletiu também nas tecnologias de controle social.

Nesse sentido, Foucault refletiu sobre os discursos do “coração”⁵³ que bradavam pela necessária humanização das penas e do processo penal, sendo um dos

⁵² MOTT, Luiz Roberto. *Escravidão, Homossexualidade e Demonologia*. Ed. Ícone, 1988.

⁵³ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, 2001, p. 81-82.

expoentes o Marques de Beccaria, em sua célebre obra *“Dos Delitos e das Penas”*⁵⁴. O discurso do “coração” dos humanistas representava a rejeição de uma economia de poder estruturada mediante a violência dos corpos e a desproporcionalidade das penas, ou seja, de uma economia de poder que pouco valorizava o corpo humano. Uma situação que na emergência da estruturação do capitalismo, na consolidação de uma burguesia como classe social dominante e da valorização do trabalho do corpo humano como renda, demandou novas formas ou tecnologias de controle e de punição.

Punir o corpo deixa de ser uma opção factível quando ele se torna um lugar de produção aberto aos mecanismos de poder. É a passagem destacada por Foucault da tecnologia supliciar para a disciplina corporal e social, cujo escopo é a centralização do monopólio da punição e do controle social para o Estado e a formação de instituições totais voltadas para a correção e o tratamento do “criminoso”.

Se cada corpo em uma racionalidade “humanística, moderna e economicamente rentável” possui valor, o sistema penal passa a integrar a lógica do controle social interessado em produzir corpos “dóceis e úteis” para o mercado⁵⁵. Na gênese da formação de um “penitenciário moderno” e na conversão das penas corporais e tempo de liberdade suprimida e voltada para o trabalho, destacada Foucault e, precisamente pelo trabalho de George Rusche e Otto Kirchheimer⁵⁶, está o desenho da relação entre corpo, tempo e mercado. Uma relação assentada nas condições “modernizantes” de elaboração de um sistema penal sistematizado, legalizado e governado como um instrumento do Estado de “controle e combate a criminalidade”.

Na modernidade econômica (capitalista), política (Estado Liberal?), social (burguesa) e jurídica (codificada)⁵⁷, a consolidação do Direito Penal desvela sua função

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Nascimento da prisão, 1996, p. 70-72.

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Nascimento da prisão, 1996, p.77.

⁵⁶ RUSCHE & KIRCHHEIMER. *Punição e Estrutura Social*. 2º. Edição. Trad, revisão técnica e nota introdutória Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Ed. Revan, ICC, 2004.

⁵⁷ A esse respeito,, destacamos a importância da Codificação Francesa proposta por Napoleão, que figura como marco jurídico da modernidade. Nessa linha, segundo Neder, “A circularidade das ideias jurídico-penais iluministas pelas formações históricas européias, num sentido geográfico (centro-periferia) produziu efeitos ideológicos, políticos e culturais. O primeiro código criminal iluminista, o de Toscana, foi de 1789; a França teve seu novo Código em 1791. Na região da Alemanha, a Prússia é o

de controle estatal “humanizado”, de controle dentro dos limites estabelecidos por lei, de punição dos indivíduos ao mesmo tempo em que os protege como um instrumento do contrato social⁵⁸.

A culpabilidade penal emerge como um limite de direito proposto pelo contrato social, em que o culpado era definido com uma espécie de infiel ao Direito. Entre o estado de natureza e seu eterno abrigo contra os poderes “incontroláveis” e “bestializados”, o tema do sexual ganha os contornos de um perigo à ordem social. Eis que o criminoso sexual é quem esnoba a rigidez pálida do contrato, quem atinge a esfera de propriedade corporal de outro, quem atua contra o corpo social. A agressão social toma forma do corpo social em que a violência contra a carne é convertida em violência contra a lei ou o direito. Assim, as questões “jurídicas” referentes à sexualidade passam a ser tematizadas no interior do corpo legal mediante seu deslocamento para a categoria jurídica da intimidade. O corpo sexual pertence à privacidade do lar protegido por regras de direito⁵⁹.

O corpo transformado pela abstração da lei e do contrato em um “sujeito de direito” viu a violência sexual ser definida como “anticontrato”, pois em meio a um mundo regulado qualquer forma de descontrole é o anúncio da existência de forças “bestiais” que atentam contra a ordem social. A sexualidade é um eterno perigo à paz social. Assim, podemos entender a necessidade de construção de um aparelho jurídico-legal de permissões e de proibições sobre o sexo e a judicialização de prescrições morais e religiosas.

Nessa orientação, o Código Penal de 1830 teve como escopo o artigo 176 da Constituição Imperial de 1824, que demonstrava a ambiguidade dos ideais iluministas transportados para uma nação em formação cujo espírito ainda estava fortemente marcado pela dureza da colônia e as marcas atrozes da escravidão. Realiza-se um esforço de incorporar em nossas terras os preceitos liberais de igualdade, legalidade,

primeiro Estado a adotar, também em 1791, uma nova codificação penal. Portugal embora palco das discussões do iluminismo jurídico-penal teve o livro V das Ordenações substituído na década de 1850. NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Revam, 200, p. 173.

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, 2001, p. 81-83.

⁵⁹ ROUSSEAU, J. J. *Emílio ou Da Educação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

proporcionalidade e culpabilidade entre delitos e penas, todavia contrabalançados pela permanência da pena de morte e da desigualdade da sociedade colonial: o pacto liberal para os sujeitos de direito (brancos, colonizadores e proprietários) e a reiteração da condição de “res” para os escravos negros ⁶⁰.

Tais ambiguidades podem ser refletidas ao levarmos em conta que a construção do ideário jurídico-penal nacional estava profundamente imbricado com o de Portugal. Embora o país passasse por um processo de independência política, era notável a circulação desse ideário pautado pelo iluminismo europeu, conforme assinala Gizlene Neder em seu trabalho sobre o Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro⁶¹.

Primeiramente, cabe reiterar nossa concordância com a idéia da existência de uma formação histórico luso-brasileira na virada do século XVIII para o XIX, tendo em vista a continuação de um império. Neste império luso-brasileiro, as marcas da religiosidade cristã e do militarismo que armou as estratégias de (re)conquista de territórios seja em Portugal ou no Brasil), bem como a cultura jurídica conimbreense, têm sido tão fortes que têm atuado enquanto uma permanência cultural bastante expressiva⁶².

Os fatores destacados por Neder na formulação de um ideário jurídico-penal português concatenado com os aportes iluministas podem ser sentidos na a lei da Boa Razão de 1769 e nas “reformas pombalinas (1772)” que atingiram de forma significativa a reforma do ensino jurídico de Coimbra⁶³ imprimindo uma cultura jurídica “humanística” em Portugal; cultura essa que irá aportar na formação dos primeiros cursos de Direito no Brasil: as faculdades de Direito de Olinda e, posteriormente transferida para o Recife, e de São Paulo⁶⁴.

⁶⁰ Essa tendência pode ser vislumbrada ainda na adoção de uma bibliografia nos cursos composta por Beccaria, Bentham e Filangieri.

⁶¹ NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2007.

⁶² NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: obediência e submissão*, 2007, p. 148.

⁶³ NEDER, Gizlene *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: obediência e submissão*, 2007, p. 21.

⁶⁴ Segundo Neder, em 27 de agosto de 1823 foram abertos os debates sobre a criação dos cursos jurídicos no país, sendo que o decreto que autorizava a criação das faculdades de direito de Olinda e Recife foi aprovado em 1827. A faculdade de Olinda foi, posteriormente, transferida para o Recife. O monopólio da formação jurídica nacional dessas duas faculdades apenas foi quebrado em 1892, com a lei “Benjamin Constant”, no contexto da República, com a criação, na capital federal (Rio de Janeiro), da Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais e a Faculdade Livre de Direito. NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: obediência e submissão*, 2007, p. 141-143.

Para Neder, a condição “iluminista” das ideias jurídicas que circulavam entre Coimbra - Recife - São Paulo foi o ponto de partida para a formulação de um ideário de controle social e punição elementares na consolidação da legislação penal brasileira de 1830, em que a noção de um Código Penal moderno representaria a preocupação com a articulação de um ideário jurídico distinto das preocupações religiosas (separação entre crime e pecado), de um poder público central para além das ordens de poder dos proprietários de terras, a organização de um sistema judiciário independente da Igreja, enfim, da “redefinição do lugar do direito e da lei” para além da figura soberana, agora adequadamente estruturadas em torno de uma “disciplina social”⁶⁵.

Nas palavras de Neder:

Tomando, portanto, o Código Criminal de 1830 como expressão da formação jurídico-política daquela conjuntura, devemos entender sua formulação. As penas previstas no Código Criminal eram (das mais duras as mais brandas): as de morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multas perda e suspensão do emprego. A pena capital, que será analisada a frente, aplicava-se em três casos: aos cabeças de insurreição escrava (artigos 113 e 144), aos homicidas, cujo crime se efetuasse com situações agravantes (artigo 192), e em caso de roubo com morte⁶⁶.

Pode-se afirmar que o Código Penal de 1830 carregava a marca das contradições e das violências de uma sociedade delineada pela exploração dos corpos. O discurso jurídico de liberdade, de igualdade e de proporcionalidade das penas convive com a indignidade da escravidão, em um país cujo modelo jurídico inspirou-se na modernização das metrópoles, mas que estava assentado na desigualdade e na violência social. Como afirma Pierangeli, sobre o Código de 1830:

Também estaria a merecer críticas por ter sucumbido às idéias predominantes na época, em que se valorizava a pena de morte, principalmente como meio de submissão do braço escravo, sobre o qual repousava, em grande parte, a nossa incipiente economia. Com isso espalhou-se a desigualdade no tratamento entre homens, mas, é bem verdade, o escravo era apenas *res* que pertencia ao senhor. Tudo isso, embora a Constituição consagrasse o princípio da igualdade de todos perante a lei⁶⁷.

A própria classificação de delitos adotada no Código acrescenta ainda mais tais contradições: *“Em razão do seu objecto, os crimes ou são públicos, como aquelles que*

⁶⁵ NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: obediência e submissão*, 2007, p. 159.

⁶⁶ NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: obediência e submissão*, 2007, p. 191.

⁶⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2001, p. 125.

offendem a sociedade e o interesse publico, quais são os religiosos, Moraes, e os civis políticos; ou particulares, que offendem o direito e particular interesse de cada hum; e ou os comuns a todos os homens ou privilegiados e próprios de certa ordem e classe de pessoas". Os crimes ganham o esboço de uma racionalidade liberal pautada em um esforço de consolidar um sistema legal que se pressupõe laico e independente agregado agora em um regime de centralização de um poder no Estado ainda em formação.

Dessa maneira, o Código representa uma possível realização de um modelo de soberania (burocrática e racional) que marcaria o início da "modernização" de nosso país. Entretanto, sua tentativa de modernização esbarra em uma sociedade marcada pelas profundas diferenças não só econômicas, mas de estatutos jurídicos. Ao Código são reservados os direitos e as garantias de uma população de senhorios, enquanto para os "outros", especialmente escravos, restava o poder desregrado e desmedido dos senhores proprietários, cujo estatuto legal lhes nega o direito de ser sujeito de direito.

São as profundas marcas de um sistema penal que já se constrói de forma seletiva e excludente sobre os corpos marcados para serem vitimados pela violência punitiva. Nesse hiato entre uma legislação liberal e uma sociedade de excluídos, o crime sexual se inscreve em mais um capítulo de sua história sobre os corpos. O crime sexual é atravessado pelos "liberalismos" do Código, ganhando a forma contratual "Dos crimes contra a segurança da Honra".

Foi sob o signo da "segurança" da honra que a violência sexual (ou parte dela) foi abrigada pelo conjunto legal, destacando já o "perigo" das relações sexuais não mais pecaminosas, mas desautorizadas pelo contrato entre sujeitos livres e iguais. Sob a premissa que "todos são iguais perante a lei", o Código inaugura em nosso território o pacto contratual do sexo, pelo qual a realização do crime sexual passa a ser entendida mediante a questão do consentimento ou não da relação sexual.

O pecado deixa a "carne santificada" e o crime se torna a ruptura do consentimento. O crime sexual ganha, então, uma fórmula jurídica pela qual o corpo se dissocia entre a materialidade da "carne" e um princípio jurídico de "vontade", e a lei do

desejo se irrompe entre “sujeito e objeto” renegando a dor do corpo em face do livre-arbítrio jurídico.

A proteção da honra violada pela ruptura do contrato toma forma no crime de estupro, assim desenhada: “*art. 219. Deflorar mulher virgem menor de dezessete annos. Penas: Maximo: 3 annos de desterro para fora da Comarca em que residir a deflorada e dotar a esta. Médio: 2 annos, idem, idem. Minino: 1 anno, idem, idem. Penas de Complicidade: Maximo: 2 annos de desterro para fora da comarca em que residir a deflorada e dotar a esta. Médio: 1 annos, idem, idem. Minino: 8 mezes, idem, idem*”.

Nota-se que apesar de se construir a estrutura do crime, não há ainda uma menção expressa à “violência sexual” ou ao abuso da sexualidade. O crime de estupro está profundamente vinculado à proteção da honra como expressão jurídica de liberdade do contrato. Estupro é a ruptura de uma determinação legal, que fixa no “defloramento” da virgindade a causa de todo o mal contra o corpo feminino, limitando a vítima a uma determinada situação legal que a dignifica mediante uma situação moral e honrada: a virgindade.

... Julgam improcedentes as razões do juiz de direito, para confirmar, como confirmam, a sentença que absolveu o réo, porquanto, se bem de bastante peso sejam taes razoes, do processo resultam outras que podem ter conduzido o jury a decisão unanime. Assim, sendo o objeto de queixa o defloramento, o auto de exame de corpo de delito prova de mais; prova que Felicidade estava prenhe de sete mezes pouco mais ou menos. E outra prova não há do defloramento. As testemunhas, referindo-se ao pai da paciente, a Eliseu, à Benvinda e por fim à Jacynta, são por estas contrariadas. Accresce que não parece natural que Felicidade, moça honesta, como apresenta o processo, se deixasse violar pelo réo, homem casado e pobre, que não lhe podia reparar o mal pelo casamento ou pelo dote, circunstancias que ella conhecia pela vizinhança e intimidade em que viviam as famílias; e no mesmo dia em que a mulher do réo deu á luz um filho, como declara Felicidade. Rel. da Corte. Appel. Crim. N 712. Ac de 13 de Agosto de 1878. Appelante – o Juízo e apelido – Antonio de Azevedo Monteiro. Direito, vol. 17⁶⁸.

Eis uma determinação da jurisprudência da época:

O juiz de direito deve formular os quesitos de maneira seguinte:

1º. O réo F.... no dia.... e lugar... deflorou... a F. que era mulher virgem?

2º. A offendida era menor de 17 annos?

3º. O réo assim procedeu, empregando violência (ou ameaças) com a offendida?

⁶⁸ TINOCO, Antonio Luiz. *Código Penal do Império anotado*. Ed. Fac Similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 440.

Parece-se indispensável o 3º. Quesito; porque, sem elle, negando o jury o 2º., estaria o réo absolvido, quando podia estar incurso nas penas do art. 222, sendo agravante a circumstancia do defloramento, na fôrma do art. 17 do código como declarou o Aviso n. 512 de 5 de novembro de 1862.⁶⁹

O núcleo criminal do estupro é a defloração da virgindade (que deve ser comprovada pela vítima) e a idade de dezessete anos. A violência ou as ameaças figuram como agravantes genéricas do crime, sendo apenas um critério para a imposição da pena máxima.

A derradeira intenção do Código se clarifica no complemento que narra: *“Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas”*. A vítima do crime de estupro encontra seu lugar: contra sua violação restam a desonra ou o casamento, pois não há na letra da lei qualquer pretensão de proteger a carne em sua vulnerabilidade, mas destacar e qualificar a posição da mulher-vítima e sua relação com a lei e a “honra”. A liberdade e a igualdade chegam ao Código de forma fracionada e seletiva; embora assegurando direitos e garantias às mulheres, ainda as coloca sob a condição de objeto cujo atentado fere a honra da família e da sociedade.

É a fórmula repetida nos artigos seguintes, cuja imputação criminal esconde o corpo, para se revelar no espaço social:

“art. 220. Se o que cometer o estupro tiver em seu poder ou guarda a deflorada”.

“art. 221. Se o estupro for cometido por parente da deflorada em grão que não admita dispensa para casamento”.

A indisponibilidade do corpo feminino e seu sequestro pelo aporte da moralidade são denunciados pela letra do art. 222 do Código:

“art. 222. Ter cópula carnal, por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta”.

A condição de mulher honesta é tamanha que deverá ser provada no tribunal como condição de haver ou não o crime em questão. Conforme a jurisprudência da época:

... Julgam procedente a appelação para mandar, como mandam, que seja o processo submetido a novo julgamento em outro jury, porquanto, nullo é o julgamento pela irregularidade, com que foi proposto o primeiro quesito principal sobre os crimes do réo, pois sendo duas as offendidas, deviam ser propostas

⁶⁹ TINOCO, Antonio Luiz. Código Penal do Império anotado. Ed. Fac Similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 441.

duas series de quesitos separadamente acerca de cada uma das offendidas Palmyra e Amelias. Rel. da Corte. Appel. Crimi. N. 390, julgada em 5 de dezembro de 1876. Revista Mensal, Anno I, n. 9.
O juiz de direito deve propor o quesito da seguinte forma:

1º. O réo F... o dia e no lugar... teve, por meio de violência (ou ameaças), cópula carnal com F...?

2º. A offendida era mulher honesta?

3º. A offendida era prostituta?⁷⁰

A violência e as ameaças citadas no artigo só se perfazem ao entendermos que elas não são dirigidas à “carne” da mulher, mas à estrutura social que elas pertencem. A cópula carnal com violência denota um “não consentimento” social, uma quebra da liberdade expressa no contrato social entre sujeitos iguais. Todavia, o corpo feminino não era reconhecido como um sujeito pleno de direito (sua incapacidade jurídica era reconhecida por lei), assim seu consentimento só poderia ser levado em consideração quando de acordo com os primados determinados por seu “proprietário”: seu pai, responsável ou marido. É o consentimento do homem que o Código protege e a violação de seu direito é que é punida. Um exemplo dessa afirmação é a escolha da mulher a ser “protegida” pelo Código: a mulher honesta.

Outro exemplo de tal ordem de consentimento é o art. 224 que versa sobre o crime de sedução: “*Seduzir mulher honesta menor de 17 annos e ter com ella copula carnal*” *pode causar ao sedutor uma pena de desterro de até 3 annos para fora da comarca da offendida de até 3 annos, livrado-se das penas se, por óbvio, se casar com a vítima*”.

Até o casamento estava subordinado a uma ordem de honra assegurada pelo Código. O casamento com a vítima só era possível ou recomendado com a expressa anuência dela, mas validade pela opinião do seu “responsável”, afinal era preciso coibir que tal casamento pudesse desonrar ainda mais a família, o bom nome e as regras de decência. Como evitar que um “negro pudesse se casar com uma moça branca e honesta?” Clama o juiz. É preciso ter cuidado ao interpretar a letra da lei, cujo sentido,

⁷⁰ TINOCO, Antonio Luiz. *Código Penal do Império anotado*. Ed. Fac Similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 408.

no crime sexual, deve ser procurado menos no corpo da vítima e mais na vontade de seu proprietário.

Em 1863, quando era presidente da relação de Pernambuco o actual ministro do Supremo Tribunal de Justiça, o Exm. Conselheiro D. Francisco Balthasar da Silveira, foi elle consultado pelo presidente da província – como se deveria entender e pôr em prática o casamento de que falla o Cód. Criminal nos arts. 219 a 225 – e, deu o seguinte parecer:

“Illmo. E Exm. Sr. Junto achará V. ex. a consulta que, em 20 de novembro de 1892, lhe dirigiu o juiz de direito do rio Formoso, e que foi remetido ao meu predecessor, por Officio de v. Ex. de 28 do mesmo mez, afim de interpor elle o seu parecer.

Cumprindo este dever, digo o seguinte:

O art. 225 do Cód. Criminal não póde ser entendido e applicado isoladamente; a sua disposição é relativa, é subordinada á última parte do art. 219, com o qual harmonisa-se o art. 228.

Si se quizer dar-lhe intelligencia e execução isoladamente, quantos perigos, quantos absurdos não teremos?

E na hypothese presente vê-se um dos mais dannados attentados!

Um negro escravo, dizendo que quer casar-se com uma moça livre e branca?

E se pertencer á família de elevada posição?

Veja. V. Ex. quantos perigos e escândalos para o bem estar e paz das famílias, e no estado de nossa educação, costumes e civilização.

E se isto é admissível, horrível, quando o crime é resultado de seducção, caricias e afagos, o que será quando for elle perpetrado por fraude ou violência?

Não basta, pois, que o réo diga que quer se casar; é necessário, é essencial, que se siga o casamento.

Mas há de seguir-se observando em tudo os princípios de direito, e as prescrições positivas e certas de nossa legislação que regula a matéria.

Deve a vítima declarar livremente, si concorda em semelhante união, que mãos fructos promette, sendo resultado de crime. E além do consentimento da infeliz, de vê have-lo de seu pai, tutor, curador ou juz, que para tanto tem jurisdição.⁷¹

Às “Jacynthas, Amelias e Palmiras”, a proteção legal chega como forma de enclausurá-las em um sistema que faz da honra o critério para subjugar o corpo e o sexo no interior da propriedade colonizada pelo homem branco e proprietário. O corpo feminino deixa a esfera do pecado da carne para ser acolhido pelo Código Penal como uma propriedade da família, do marido e do Estado.

São ainda crimes: “*art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dor ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique*

⁷¹ TINOCO, Antonio Luiz. *Código Penal do Império anotado*. Ed. Fac Similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 406-407.

a *cópula carnal*”. Nesse delito, o mal corporal diverso da conjunção carnal é reconhecido, mas não significa uma hipótese em que danos psíquicos ou emocionais possam ser reconhecidos.

O art. 226 que versa sobre o rapto: *“Tirar para fim libidinoso, por violência, qualquer mulher da casa ou do lugar em que estiver”*. Ao rapto se submete a pena de 10 anos de prisão com trabalhos e ainda o dote da vítima. Ao rapto, segue outra forma delitiva prevista no art. 227: *“Tirar para fim libidinoso, por meio de afagos e promessas, alguma mulher virgem, ou reputada tal, que seja menor de dezessete annos, da casa de seu pai, tutor, curador, ou outra pessoa cujo poder ou guarda estiver. Pena máxima de 3 annos de prisão simples e do dote da vítima”*.

Ao crime de rapto, a derradeira constatação da coisificação do corpo feminino. Tratada como algo a ser “tirado” de seu legítimo proprietário, o gravame do crime pode ser destacado como uma espécie de “furto” de uma sexualidade. O rapto é a ruptura da ordem do contrato familiar protegido, é a violação do consentimento do portador de direito. É a forma de enquadrar o corpo feminino nas regras de seu proprietário. Observa-se que, para o casamento evitar a pena, sua submissão passa necessariamente pelo consentimento do responsável, o verdadeiro sujeito passivo de crime.

No Código do Império figuram ainda como crimes contra a honra a Calúnia e Injúrias (art. 229 a 246), os crimes contra a segurança do estado civil e domestico (art. 247 e 248), a polygamia (art. 249), o adultério (art. 250) e o parto suposto e outros fingimentos (art. 254).

Sobre os crimes contra o casamento propriamente dito, lê-se *“Receber o eclesiástico em matrimônio, contrahentes que não se mostrarem habilitados na conformidade das leis”*; e *“Contrahir matrimonio clandestino”*. São crimes que ainda estão profundamente vinculados com as determinações da Igreja Católica, titular da celebração eclesiástica do casamento. Os crimes contra o matrimônio são crimes contra Igreja e sua punibilidade perseguida pelas instituições civis que reconhecem ainda a preponderância moral da Igreja. Também há a criminalização da poligamia, pois *“Contrahir matrimonio segunda ou mais vezes, sem ter dissolvido o primeiro” dá pena de 6 anos de prisão com trabalho e multa*.

E o crime de adultério: *“A mulher casada, que commetter adultério, será punida com as penas de até 3 annos de prisão com trabalhos”* e o *“O homem casado que tiver concubina teúda e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente”*. A gravidade do crime de adultério foi mantida pelo Código, mas com algumas inovações:

A regra deste artigo refere-se unicamente ao marido cuja mulher commeteu adultério; porquanto sendo elle punido somente ex vi do art. 251, pelo facto de ter concubina teúda e manteúda, não decretou, entretanto, o código pena alguma para esta, como alias o fazia a antiga legislação portugueza. Dr. Paula Ramos, Cód. Criminal⁷².

O adultério (crime público) se perfaz apenas diante de uma acusação realizada pelo marido ou pela esposa, em conjunto com os amantes. E a ressalva: no caso do adultério feminino, o amante será condenado junto, no masculino tal regra não se aplica pelo Código (art. 253), devendo preservar a amante.

Em consonância com os ideais liberais, o corpo feminino recebeu um estatuto jurídico importante na conquista de direitos para as mulheres. A criminalização do adultério, do rapto e da sedução, apesar de interpretados em nossa atualidade como uma abordagem preconceituosa e machista, figura como uma possibilidade factível de proteção do corpo feminino mediante sua violação, bem como a atribuição ao Estado da imputação do delito. Em uma sociedade patriarcalista e proprietária, ao criminalizar condutas atribuídas à “fraqueza” feminina pode-se limitar a violência de morte contra o ataque à honra que as mulheres eram submetidas. Sob a criminalização, o Estado aparece como o agente da vingança e o limitador de uma violência desmedida contra o corpo feminino⁷³.

Por fim, o Código resta uma última conduta criminalizada: o parto suposto, descrito no art. 254: *“Fingir-se a mulher prenhe e dar parto alheio como seu, ou, sendo verdadeiramente prenhe, substituir a sua por outra criança, furtar alguma criança, occulta-la ou troca-la por outra”*. A pena, dois anos de prisão simples e multa, sendo puníveis também os cúmplices e a tentativa. Ao parto suposto, a reiteração da

⁷² TINOCO, Antonio Luiz. *Código Penal do Império anotado*. Ed. Fac Similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 449.

⁷³ NEDER, Gizlene; CERQUEIRA, Gisálio. *Família, Poder e Controle Social: concepções sobre a família no Brasil na passagem à modernidade*. In: *Idéias Jurídicas e Autoridade na Família*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

condição do corpo feminino e de sua “prole” como propriedade da família (ou do senhor, pai ou marido). O parto suposto é um crime na medida que engana o titular jurídico da procriação, o homem.

O Código Penal do Império possibilita um início do rascunho de uma história do das leis penais que versam sobre a violência sexual. Nosso primeiro instrumento legislativo, entretanto, ao pretender uma modernização da legislação concatenada com a formação das instituições políticas e sociais de um “Estado” independente de sua metrópole, construiu uma lei penal que abriga uma violência sexual fragmentada como o corpo sexual aparece fragmentado em uma sociedade liberal em suas liberdades, mas profundamente conservadora sobre sua “carne”.

O Código desvela uma sexualidade enquadrada em limites de uma responsabilidade patriarcal e, agora, estatal. Se a “carne” dos corpos humanos (especialmente da mulher) figura como vítimas, mais vítimas são ainda seus responsáveis por arcar com a vergonha da desonra da mulher honesta ou com a negação da violência da “mulher pública”, com a inaceitável conduta das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Resta o aviso do Exm. Conselheiro D. Francisco Balthasar da Silveira, em que narra:

Á vista, portanto, do que fica ponderado, deve o juiz de direito dar execução ao Cód. Crim, procurando evitar perigos e escândalos, entendendo os seus artigos em relação, subordinados uns aos outros, e em harmonia com o que é determinado nos outros lugares da legislação, que nos rege.
É este o meu parecer⁷⁴.

O corpo é fracionado entre aqueles que devem ser preservados para a honra do casamento e da procriação, enquanto outros são selecionados para figurar fora abrigando toda sorte de abusos e de violências.

Nenhuma palavra para fora do consentimento da mulher honesta, para a violência doméstica, para a violência sexual voltada para todo e qualquer outro corpo sexual não branco, não proprietário, não digno. As prostitutas (os), mulheres e homens trabalhadores, mucamas (os), escravas (os), índias (os), mendigas (os) e homossexuais, não figuravam como personagens possíveis desses crimes.

⁷⁴TINOCO, Antonio Luiz. *Código Penal do Império anotado*, 2003, p. 408.

Nesse sentido, o Código do Império é um dos episódios em que a violência sexual passou a ser narrada no interior da lei por meio dos dissabores e dos preconceitos dessa lei, que normatiza as questões de “honra” delineadas por uma sociedade que imagina uma “iluminação” de seus princípios jurídicos assentados em uma profunda desigualdade social, cultural e econômica entre brancos, negros e mestiços; entre homens e mulheres; entre os proprietários do sexo e aqueles que são consumidos por ele. Uma etapa na trajetória de intensificação da criminalização e da punição do crime sexual aliado a um distanciamento cada vez mais intenso das suas vítimas materiais, das “carnes” violadas.

Destaca-se a tese de Neder voltada a mostrar que sob o signo do iluminismo jurídico-penal ainda vigorava uma espécie de obediência e de submissão⁷⁵ que não deixou de escrever a letra da lei na ordem de um mundo em que a escravidão, o poder do proprietário, o pátrio poder ou os senhores de forma geral se faziam sentir na dor dos corpos submissos, oprimidos e violentados.

⁷⁵ NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-brasileiro: obediência e submissão*, 2007, P. 194.

1.2 O positivismo criminológico e os crimes contra a segurança da honra

1.2.1 A Criminologia Positivista no Brasil: sexo e “mestiçagem”

A criminologia foi definida por Franz Von Lizst, no final do século XIX como uma espécie de ciência do crime, “o lugar da indagação científica do crime, tanto na sua manifestação exterior material, quanto nas suas causas internas que interferem nos fatos”⁷⁶. Um saber, conforme Foucault, assentado no encontro entre as “ciências” do homem (como a Psicologia, a Sociologia e a própria Medicina) com a lei penal e as estratégias de controle social. Delimitada mediante o uso de instrumentos “científicos” de exame, de classificação e de disposição do corpo, a criminologia possibilita o enriquecimento dos discursos de produção, seleção e controle dos indivíduos “perigosos” ou “desnecessários” aos poderes.

Um discurso criminológico que pode ser compreendido por meio de quatro variáveis: 1. Foco nas causas da criminalidade; 2. Pesquisas pautadas pela metodologia positivista; 3. Conhecimento explicativo centrado no indivíduo; e 4. O crime pensado como um objeto natural, independente e isolado. Desse modo, o crime é percebido como uma realidade preexistente ao ato transgressor, cuja causa estaria centrada em um “problema” individual ou social do agente-autor. Um problema e uma causa que por meio da aplicação de uma metodologia universalizante poderia ser tratado ou corrigido.

A condição de possibilidade do “saber” criminológico é sua centralização no sujeito, ou melhor, nas formas de poder e de saber que condicionam e formatam a subjetividade. Segundo Foucault, a criminologia desvela um modelo de “saber-poder” responsável por subjugar os corpos humanos a determinada ordem de dominação que incide sobre o sistema penal, modificando-o profundamente⁷⁷. A entrada das tecnologias humanizantes das ciências adestram as formas de punir da sociedade para além da mera repressão e retribuição ao crime. É a passagem, apontada por Foucault,

⁷⁶ LISZT, Von Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Volume 1 (1899). Trad. José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 26. Ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

das estratégias de soberania legal para as técnicas penitenciárias, cujo escopo é a transformação do corpo humano mediante sua “domestificação e utilização”.

Um modelo de “saber-poder” interessado na individualização e disciplinação corporal e na racionalização da criminalidade a partir da valorização da subjetividade. Nesse sentido, a criminalidade sexual encontra um lugar especial na produção dos discursos criminológicos sobre o corpo.

Em seu texto “*A História da Sexualidade: a vontade de saber*”, Foucault identifica a sexualidade como um tema de poder, pois sobre ela incidem os mecanismos para fazer falar a verdade sobre o sujeito. Aberto à verdade da subjetividade, os mecanismos de disciplinação e de controle dos corpos podem ajustá-los de forma mais eficiente e econômica aos dispositivos de poder. É dessa maneira que o modelo estratégico de domesticação do corpo sexual não se esgota na articulação de códigos prescritivos de condutas sexuais, mas também não os extingue. Para além do extenso arsenal de leis sobre o sexo (e aos Códigos Penais e Códigos Civis se unem dispositivos legais administrativos), as estratégias de disciplinação do sexo encontram na organização de vários dispositivos de saber e poder um campo fértil para seu florescimento.

O sexo como tema de poder pôde, então, ser organizado mediante dois grandes dispositivos de poder sobre o corpo: o *dispositivo de aliança*, que engloba todo o “sistema de matrimônio, de fixação e desenvolvimento dos parentescos, de transmissão dos nomes e dos bens” entre parceiros sexuais, pautado na lógica da soberania em que o lugar do corpo-sexual é delimitado pelas práticas de um poder jurídico e todo seu arsenal legal⁷⁸; e o *dispositivo de sexualidade*, que ainda versa sobre os parceiros sexuais, todavia, de forma essencialmente diferente, pois funciona de acordo com normas voláteis, mutáveis ou não jurídicas⁷⁹.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade. A Vontade de Saber*. Tomo I. 14ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 100.

⁷⁹ Segundo Foucault, “o dispositivo da sexualidade se articula sobre a economia de gestos, de sensações corporais, de qualidades de prazeres, de impressões corporais tênues ou intensas cuja marca no corpo é visivelmente deflagrada pela dinâmica perniciosa dos prazeres. Um dispositivo que tem em sua razão de ser a mobilidade, a expansão, a inovação para o constante controle, para a mitigação das resistências, para a criação de novas formas de penetrar no corpo atingindo seus detalhes. Um dispositivo que em sua indefinição jurídica, possibilita extrapolar os limites legais entre o permitido e o proibido, criando uma espécie de zona nebulosa, onde há normas em constante

Se o dispositivo da aliança dá acesso, segundo Foucault, a uma economia sexual centrada na reprodução familiar e na transmissão econômica de bens, o dispositivo da sexualidade excede o ambiente familiar levando a lógica econômica para um novo patamar: a população. O dispositivo da sexualidade, ao olhar para o corpo sexual em detalhe, com o objetivo de “normalizá-lo” mediante seu aprisionamento na verdade de seu sexo, possibilitou sua expansão para além da sexualidade adstrita ao corpo. Se o sexo pode ser corrigido e tratado de seus desvios à norma e à lei, sua importância irá transcender o corpo individual e atingir a descendência, a procriação, a formação de um corpo populacional.

O dispositivo da sexualidade não é oposto ao dispositivo da aliança, tampouco sua negação: é sua rearticulação como uma nova tecnologia de poder em que o foco deixa gradualmente a honra e o patrimônio para atingir o funcionamento da vida humana.

Daí porque, a leitura do discurso criminológico produzido no Brasil é importante para a discussão do modelo de criminalização da sexualidade imposto sobre o corpo. Uma “lente” teórica sensível aos “saberes e poderes” reproduzidos na sociedade, responsável por selecionar e culpabilizar os “indesejáveis”.

Mas como selecionar cientificamente os “indesejáveis”? A criminologia busca tal resposta na sustentação teórica do positivismo. Sob o lema “ordem social para atingir o progresso”⁸⁰, o positivismo é a sustentação da formação e da teorização das tecnologias de controle social e punitivas desenhadas na época, que buscam no corpo humano as causas e as consequências da criminalidade (sexual).

Mediante a construção de um saber criminológico sobre o corpo e a sexualidade, um dos inquietantes temas abordado pela criminologia positivista apoiada pelo pensamento evolucionista e determinista foi o racismo. Uma abordagem racial centralizada no debate sobre a degeneração ou a miscigenação como legitimação do discurso do “atraso social” e, agora, da “criminalização”. O tema do racismo emerge como justificativa para a montagem de novos instrumentos de controle social

movimento exercendo mais do que a punição: a vigilância do controle”. FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade*, 2001, p. 101.

⁸⁰ COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

adequados ao “perigo” da degeneração da raça ou da neutralização dos selecionados “inferiores” (no caso, as populações de origem africana)⁸¹.

A grande personagem dessa nova “postura” era o mestiço⁸². A miscigenação ou a “mestiçagem” da população brasileira tornou-se centro de uma série de debates científicos como forma de lidar com os problemas nacionais, como problematizado por Eugenio Raul Zaffarori, sobre a influência do positivismo de vertente racial na América Latina⁸³. Nessa linha, as reflexões de Neder também apoiam tal problematização:

O nacionalismo exacerbado, o racismo e o autoritarismo escudaram-se no discurso “científico” e “moderno” das novas ciências do comportamento humano: a Psicologia, a Sociologia e a Criminologia. O positivismo e o evolucionismo, que nortearam a formação destes novos saberes, sustentaram o racismo que adquiriu conotações “científicas”, amplamente aceitas naquela conjuntura⁸⁴.

Um exemplo dessa apropriação foi a teoria lombrosiana, de matriz médica, como um método objetivo e neutro de seleção dos corpos degenerados. Selecionar, medir e classificar uma infinidade de rostos, tipos, narizes, testas, tatuagens, crânios, enfim, esgotar as possibilidades de anomalias cerebrais, faciais ou qualquer traço incomum

⁸¹ Foi mediante tais desenhos teóricos e marcos discursivos que a preocupação com a “mestiçagem” e uma suposta “degeneração da raça” visualizada na figura do criminoso formou, sem dúvida, um ambiente acolhedor para o desenvolvimento de uma criminologia no país. Tal fato, ainda pode encontrar respaldo na “organização do 1º. Congresso de Eugenia, realizado em 1929, na cidade do Rio de Janeiro, como parte das comemorações do centenário da Academia Nacional de Medicina. Participaram do Congresso, além de figuras da medicina, profissionais da sociologia, jornalista e educadores, preocupados com as questões referentes à miscigenação e aos rumos das questões raciais. Louvado como uma iniciativa prestigiosa de discussão sobre os rumos da raça brasileira e os desafios de sua preservação, o Congresso destacou a importância das discussões em nosso país sobre as políticas de imigração, entendidas, como um ‘perigo de contaminação’ contra os esforços para o ‘aprimoramento da raça’”. MACIEL, Maria Eunice. *Eugenia no Brasil*. Anos 90: Porto Alegre, n. 11, julho de 1999. Disponível em: www.ufrgs.br/ppghist/anos90/13/13art13.pdf. Acesso em 24 de março de 2012.

⁸² Um importante teórico brasileiro a tematizar a questão da mestiçagem foi João Baptista de Lacerda. Lacerda foi a presença brasileira de destaque no Congresso Universal de Raças, realizado em Londres em 1911. Segundo Schwarcz, Lacerda destacou o caráter racial de nossa República mediante a mistura de raças, defendendo que as “políticas de imigração fariam que os mestiços embranquecessem e a raça negra fosse extinta do país”. Todavia, destaca a autora, isso não significa que a tese advogada por Lacerda seja partidária da elaboração de um sistema segregacionista ou uma “ditadura” racial. Para a Lacerda, a assimilação das raças inferiores ou da mestiçagem deveria partir de uma política de branqueamento da população por meio de cruzamentos raciais em uma espécie de “mestiçagem redentora”, e assim em “um século, e após três gerações seríamos brancos”. SCHWARCZ, Lilian Moritz. *Previsões sempre são traiçoeiras: João Baptista Lacerda e seu Brasil branco*. História, Ciências, Saúde - Manguinhos. Rio de Janeiro. Volume 18, n. 1, jan-mar 2011, p. 228.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología: Aproximación desde um margen*. 3ª. Reimpresão. Bogotá: Temis, 2003, p. 131.

⁸⁴ NEDER, Gizlene. *Violência e Cidadania*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 49.

capaz de explicar a origem de um criminoso, se torna a grande experiência de saber criminológico.

Não demorou muito para que as primeiras reflexões jurídicas sob influência do positivismo ganhassem força na doutrina nacional⁸⁵. Inúmeros artigos sobre a importância do método científico na explicação do criminoso são publicados em revistas, em especial na *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife* a partir de 1891. Ideias que foram inflamadas a partir da rápida chegada ao Brasil das obras de Lombroso, Ferri, Garofalo, entre outros, apenas alguns anos depois de suas publicações em seus países de origem.

Antonio Aragão Moniz Sodré, em 1907, destacava a emergência de um saber criminológico necessário em nosso país em função da “natural” evolução científica e modernizante de um ideário jurídico profundamente preocupado em atualizar o Direito Penal aos aportes científicos da época.

O aparecimento das novas doutrinas que abrigaram amplos e fecundos horizontes ao direito criminal nada mais foi do que uma consequência inevitável da lei natural da evolução que consiste, no campo da ciência, na aplicação do método positivo ao estudo de todos os ramos do conhecimento humanos. O

⁸⁵ Entre os principais intelectuais da época figuram **João Vieira de Araújo**, professor de direito criminal da Faculdade de Direito do Recife. Coube a ele a realização da primeira obra de importância sob influência do positivismo, o *“Código Criminal Brasileiro. Comentário philosophico-científico”*, editado em 1889. **Adelino Filho** é outro importante pensador positivista oriundo do Recife. Publicou na Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife em 1891 um artigo sob o título *“A Nova Escola de Direito Criminal”*, uma saudação entusiasmada das novas ideias científicas recém-chegadas do velho continente. **Viveiros de Castro** foi outro famoso criminalista formado pelo Recife, autor da primeira obra brasileira sobre a sociologia criminal *“A Nova Escola Penal”* de 1894. **Moniz Sodré** foi outra importante figura na construção das ideias criminológicas-positivas em nosso país. Foi o autor da importante (e até hoje muito lembrada pelos criminalistas) obra *“As Três Escolas Penais”*, de 1907, em que tece elogios poderosos para a nova mentalidade do direito penal, que considerava uma consequência da “evolução” das ideias, uma consequência inevitável do desenvolvimento humano. **Aureliano Leal**, promotor público na Bahia, destacou-se pela publicação de *“Germens do Crime”* em 1896, propondo reformas práticas a partir das teses positivas de Garofalo e Ferri. **Phaelante da Câmara** escreveu em 1891 o artigo *“Algumas Idéias Expendidas ao Começar o Curso do Processo Criminal na Segunda Cadeira da Quarta Série Jurídica”*, em que se dedica a tratar o tema da pena de morte sob o enfoque positivista. **José Hygino Duarte Pereira**, professor da Faculdade do Recife e ministro do Supremo Tribunal Federal, foi o responsável pela tradução do *Tratado de Direito Penal Alemão de Von Liszt* para o português em 1899. O prefácio que escreveu à obra é considerado um dos mais importantes textos do positivismo brasileiro. **Tito Rosas** publicou em 1895 um artigo na Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, intitulado *“Sobre a tendência do direito criminal moderno”*. **Laurindo Leão**, professor da Faculdade de Direito do Recife, e ainda, **Clóvis Beviláqua**, importante jurista nacional que em alguns momentos de sua vasta obra deitou seu olhar sobre a problemática do direito penal e da criminologia. Publicou *“A aplicação do método comparativo ao Estudo do Direito”*, na Revista Acadêmica da Faculdade do Recife e *“Criminologia e Direito”*, destacando um forte traço positivista nestas produções. FREITAS, R. B. *As Razões do positivismo Penal no Brasil*, p. 280-290.

direito penal, como ciência social e jurídica, atravessa no momento presente a mesma fase por que já passou, há anos atrás, a medicina e a patologia mental, despindo-se de todas as velharias da metafísica no exame dos seus problemas capitais.⁸⁶

Moniz Sodré apontou o importante debate teórico entre a criminologia, o Direito Penal e as contribuições, cada vez mais acentuadas, das disciplinas científicas do “crime”, como a medicina legal. Na matriz desse debate, encontram-se as estratégias e posicionamentos sobre quais “saberes-poderes” são “mais adequados” ou mais “científicos” para problematizar e solucionar a questão da criminalidade no país. O Direito Penal, de matriz liberal (ou metafísica), é constantemente problematizado à luz do naturalismo e do determinismo positivista, sendo questionado sobre sua “atuação” diante do crime e do criminoso. Um debate que pode ser pensado no confronto entre ideias “deterministas-positivistas” e “livre-arbitristas” como o acalentado por Nina Rodrigues com Tobias Barreto.

Nina Rodrigues, um dos mais importantes médicos-cientistas de sua geração, publicou a obra *“As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil”*. Nele, discutiu de forma precisa os desafios e as ambiguidades que permeavam a questão da responsabilidade penal. Para Nina, ele um “determinista-positivista”, a responsabilidade penal passa além da metafísica e do indemonstrável sonho da vontade livre para se edificar nas determinações positivistas dos corpos as razões do crime e o fundamento da responsabilidade. Segundo Nina, o crime se torna menos uma questão jurídica para ingressar no campo das patologias médicas, em que a culpabilidade se converte em um espaço de criminalização da raça, das condições sociais, psíquicas e econômicas “degeneradas”⁸⁷, enfim, no que Foucault denunciou como a produção dos “anormais”⁸⁸.

⁸⁶ MONIZ SODRÉ, Antonio Aragão. *As Três Escolas Penais*. 5ª. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1952.

⁸⁷ Segundo Nina Rodrigues: “Os erros commettidos na classificação dos mestiços fazem com que esta pequena estatística não possa ter outra serventia além da de demonstrar que o nosso código pode indistinctamente levar á penitenciaria a brasileiros de qualquer das raças”:

Estupros	
Negro crioulo	1
Mulato.....	1
Cabras.....	3
Pardos.....	4

Nina Rodrigues ainda publicou a obra *“Mestiçagem, Degenerescência e Crime”* reafirmando sua posição “determinista-positivista” sobre relação entre a mestiçagem e a “decadência” ou “degeneração” das populações sul-americanas, em especial a brasileira⁸⁹. Apoiado pelos trabalhos de Spencer, Gobineau, LeBon, Mme. Clémence Royer, Ferri e Lombroso, concluiu sua pesquisa de “campo” mediante a tese de que a grande mistura de raças traria um efeito desastroso para o desenvolvimento nacional. Assim, a mestiçagem seria a razão da produção de um tipo de criminalidade violenta devido à perturbadora influência dos “impulsos primitivos”⁹⁰.

De furtos e roubos	
Branços.....	31
Negros crioulos	18
Mulatos.....	5
Cabras.....	14
Caboclos.....	6
Pardos.....	41

RODRIGUES, Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, p. 79.

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. 2ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁸⁹ Nessa linha, destacam-se os ideais de “branqueamento” presentes na obra de Oliveira Vianna e de Silvio Romero. Vianna publicou textos como *“Raça e Assimilação”* e a *“Evolução do Povo Brasileiro”*, em que a justificativa do atraso do desenvolvimento e da modernização da sociedade brasileira poderia ser creditada à inferioridade da raça mestiça e negra. Para Vianna, a raça negra era intelectualmente e moralmente inferior à branca, e a condição de atraso poderia ser corrigida por meio do branqueamento da população. Forte defensor da cultura branca ariana, louvava a colonização portuguesa e a modernidade europeia como modelos de sociedades civilizadas. Se a cor é determinante para a formação do *status quo*, “arianizar a população é a solução”; tal tema presente na obra de Vianna foi fundamental para a formação de uma identidade nacional profundamente viciada pela posição de um racismo “dito” científico que permeia a construção de um ideário criminológico discriminatório. ANDRADE, Iara. *A Justificação do mito dos filhos de Cam*. Texto disponível em [www.uss.br/hotsites/revistahistoria2009/revistaelectronica/.../ARTIGO Iara.pdf](http://www.uss.br/hotsites/revistahistoria2009/revistaelectronica/.../ARTIGO%20Iara.pdf). Acesso em 29 de março de 2012.

Silvio Romero, importante intelectual da Escola do Recife, foi um entusiasta da ciência “naturalista e evolucionista” que acreditava que a mestiçagem era uma saída para uma possível “homogeneidade nacional”⁸⁹. Para Romero, a noção de “raça” era central para o desenvolvimento de qualquer tipo de conhecimento, especialmente o jurídico. Tudo devia passar pelo crivo desta mestiçagem de forma a aparecer como um produto final de uma sociedade (brasileira) em formação. Entretanto, para Schwarcz, tal “elogio a mestiçagem” do discurso romeriano estava longe de ser uma defesa da igualdade entre os homens. Como um “bom” teórico de seu tempo, Romero acreditava no determinismo social, sendo cada homem desigual por natureza, estando os mais aptos vitoriosos na seleção natural da vida. SCHWARCZ, L. M. *O Espetáculo das Raças. Cientistas, Instituições e a Questão Racial no Brasil*. 1870-1930, p. 155.

90 RODRIGUES, Nina. *Mestiçagem, Degenerescência e Crime*, p. 30-33: “Observação XXXI – O menor José d’Araújo, de Santo Antonio das Queimadas, recolhido à casa de correção até

O debate com Tobias Barreto é suscitado na medida em que o jurista é chamado de “contraditório” ao elogiar o determinismo e ao mesmo tempo defender a “vaga e incongruente” ideia de livre-arbítrio “como um sonho creado pela imaginação para fugir às continências desta existencia phenomenica”. Conforme Nina:

De nada valeu o sacrificio da contradição do iminente jurista. Livre arbítrio absoluto ou relativo, é claro que a doutrina criminal sobre elle fizer repousar a responsabilidade, ha de conduzir fatalmente a impunidade. A psyquiatria moderna amplia todos os dias seus domínios, a todo instante dila-ta ella a mais e mais o campo das acções, causas attenuantes e dirimentes da responsabilidade. E basta refletir um instante sobre a marcha sempre crescente do prestigio da freniatria legal, do meio para o fim de presente século, para se concluir que no atual sistema de repressão, em época pouco remota, há de estar infallivelmente

completar dezessete anos [(artigo 13 do código penal do império)] por haver, na idade de nove para dez anos, assassinado o próprio pai, obrando com discernimento. Há mais de quatro anos conheço este *jovem* criminoso e tem sido sempre a mesma a narração do seu crime, feita aliás sem revelar o menor sentimento de pesar. A mandado de um inimigo do pai, o qual lhe deu de recompensa uma moeda de quarenta réis, resolveu cometer o parricídio. O pai estava ausente. Na noite do crime, deitou-se o menor, como de costume, numa mesma cama com os irmãos e adormeceu. Acordado alta noite, viu o pai que era chegado e dormia em uma rede no mesmo aposento da choupana que habitavam. Levantou-se então, foi a um canto, onde se achavam as armas de caça, tomou uma velha espingarda de pedra que sabia carregada, foi buscar um tição aceso e com ele fez disparar a arma, matando instantaneamente o pai, que foi ferido na cabeça. Esta é a história que ele tem sempre referido, e sabida de todos na penitenciária. Interrogando-o convenientemente, verifiquei que ele não havia dado desde o começo esta informação às autoridades, e só acusou de mandante ao inimigo do pai dois meses depois de preso. Da guia que o acompanhou à penitenciária, *lacônica*, consta que não ficou provada a existência de um cúmplice, não havendo provas contra o acusado. Não pude consultar o processo. Este menino, que já era órfão de mãe, morta de parto, vivia com mais cinco irmãos, *ou irmãs*, em companhia do pai que, sendo pobre, com eles se ocupava na pequena lavoura de que subsistiam. Nem ele, nem os irmãos, havia recebido instrução de espécie alguma. Transferido para esta cidade, *este criminoso precoce*, foi colocado na penitenciária para aprender o ofício de sapateiro. O tratamento moral que devia receber naquele meio já produziu todos os seus efeitos naturais e lógicos, e a obra está completa. O *criminoso* tem dezoito anos, é ladrão, pederasta passivo, jogador, bêbado, um ser completamente desmoralizado, enfim, um incorrigível temível. Há pouco tempo, servindo-se de chaves falsas, roubou matéria prima de arrecadação, a mandado de terceiro protesta ele. A administração está informada de que esteve amasiado com um companheiro como pederasta passivo durante dois meses. Por infrações disciplinares de toda sorte, jogo, embriaguez, vive constantemente em castigo. O administrador afirma que não sabe mais o que há de fazer dele.

[Resolvi-me a completar o estudo deste criminoso]

É um pardo em que o os caracteres do mulato e do mameluco estão bem combinados. Ainda completamente imberbe; apenas ligeiro buço. Não apresenta deformação ou estigma físico, não é canhoto, nem ambidextro. As medidas cefálicas tomadas dão os seguintes resultados:

Diâmetro antero postero máximo.....180 mm

Diâmetro transverso máximo.....155mm

Diâmetro frontal mínimo..... 110mm

Diâmetro frontal máximo.....150mm.”

satisfeito, o *desideratum* – asilo em vez de prisão -, dos tão mal vistos *pathologos* do crime⁹¹.

Tobias Barreto, considerado o mais célebre criminalista brasileiro da época, foi nomeado como “o arauto de um novo tempo”. Em relação ao saber penal e criminológico, Barreto nos proporcionou obras como “Menores e Loucos em Direito Criminal” e “Prolegômenos do Estudo de Direito Criminal”. Alguns dos trechos dessas obras possibilitam identificar sua recepção às teorias positivistas (em especial, de Lombroso).

Não há muito veio-me ás mãos a celebre obra – L’Uomo delinquente, - do grande psychiatra e professor italiano Cesare Lombroso. É uma obra que pertence ao pequeno numero dos livros revolucionários, aos quaes todo o leitor consciente póde applicar as palavras de Ezequiel, fallando daquelle volume que Deus lhe dera para devorar: Et comedi illud; et factum est in ore meo sicut mel Dulce. Eu também a devorei⁹².

E prosseguiu:

Com effeito, qualquer que seja a admiração que se sinta diante dos thesouros de saber accumulados na obra mencionada, não se póde reprimir uma pequena censura, que essa mesma riqueza de sciencia occasiona e provoca. Não sou suspeito neste meu juízo. O livro de Lombroso, seja-me licito dizer-lo, é *italianamente escripto e germanicamente pensado*⁹³.

Todavia, tal recepção não significou a incorporação do método lombrosiano (e do modelo positivista em geral) na totalidade de suas reflexões. Se o positivismo lombrosiano é percebido como um instrumento teórico louvado, Barreto não abriu mão das noções “clássicas” ou “livre-arbitristas” na teoria do delito.

A disciplina das forças sociaes, o princípio da selecção legal na lucta pela existência. De accordo com a philosophia monistica e com os dados da sciencia moderna, posso ainda defini-lo: o processo de adaptação das acções humanas á ordem publica, ao bem estar da communhão política, ao desenvolvimento geral da sociedade⁹⁴.

Desse modo, concebeu o crime com “um produto da força voluntária e livre; onde quer que não exista nexo de causalidade entre essa força e o fato malsinado de

⁹¹ RODRIGUES, Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brazil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, p. 71.

⁹² BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Obra em fac-símile. Brasília, 2003, p. 65.

⁹³ BARRETO, *Menores e Loucos em Direito Criminal*, 2003, p. 66.

⁹⁴ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*, 2003, p. 11.

criminoso, aí também não existe crime”⁹⁵, de forma a conciliar a atividade dogmática com a crítica do jurista.

A dogmática seria um trabalho de exegese e de crítica que se ocupa das lacunas da lei. Assim, a partir desse método seria possível afastar o Direito Penal da metafísica. Quanto às causas, Barreto admitiu uma variedade de fatores que contribui para a criminalidade, como as influências químicas, físicas e sociais, mas procurou corrigir certos “exageros” deterministas. Assim, apesar de se preocupar com as causas da criminalidade, Barreto não abriu mão de uma teoria do delito, percebendo e mantendo uma dupla dimensão: formal e material do delito.

Sem abandonar os aportes liberais do Direito Penal e atento às contribuições do positivismo criminológico, a obra de Barreto é expressão da própria tensão da teoria penal no período. Uma tensão entre os discursos legais, assentados na incorporação dos princípios penais de garantia, e a eclosão da criminologia como sustentáculo de uma ordem de saber e de poder que tem como alvo o corpo humano.

A dogmática penal e o discurso criminológico positivista são alguns dos aportes para a leitura das transformações da lei penal no Brasil. Aportes que possibilitam a leitura das continuidades e descontinuidades da formação e reprodução dessa criminalidade no interior do sistema punitivo e nas estratégias de controle social, bem como a relação entre sexualidade, corpo e crime são percebidos em mais um episódio nos interstícios da lei penal.

⁹⁵ FREITAS, R. B. *As Razões do positivismo Penal no Brasil*, 2005, p. 289.

1.2.2 O Código Penal de 1890 e sua “palavrosa” definição de crime sexual

A Proclamação da República do Brasil em 1889 poderia marcar o início da efetiva incorporação dos preceitos republicanos (e quiçá democráticos) ou do esforço de realização de justiça social amparada na redução das desigualdades sociais e raciais, no acesso à justiça, na democratização da política, na redução da exploração ou da miséria, na equalização das relações entre homens e mulheres. Poderia; todavia, a República muito pouco fez pelos corpos excluídos ou vilipendiados de direitos. De fato, estamos diante de um Estado que finalmente aboliu a escravidão, mas que caminha lentamente para a inserção desta população em sua “ordem e progresso” sociais.

Uma sociedade que pode ser pensada à luz dos seus investimentos em uma “modernização”, cujo modelo era pautado pelo aburguesamento de parcela da população e da crescente burocratização do Estado, ao lado de valores e de imagens sociais “tradicionais” escravistas, patriarcais e senhoriais. Um desenho social no qual, segundo Weber, os tipos de dominação tradicional coexistem com formas mais racionalizadas de dominação e os processos de burocratização que levam à impessoalidade das relações de poder.⁹⁶

Uma “modernização” cujo sentido mais se aproxima da apropriação dos discursos sociais, científicos, econômicos e políticos advindos (especialmente) da Europa, a partir, segundo Souza, “da lógica de reprodução de suas instituições fundamentais: mercado competitivo e Estado racional centralizado”⁹⁷. Uma “modernização” assentada no ideário “positivista” incorporado pelos militares e pela oligarquia da República, responsável pela eclosão do discurso “cientificizante” e moralizador das relações sociais brasileiras. Como expressa Neder:

A hegemonia do projeto republicano moderno-conservador das oligarquias paulistas (expressado politicamente pelos Partidos republicanos paulista e mineiro, PRP e PRM), aliançado com o republicanismo positivista dos militares, impõe-se à nação. Encaminha-se, então, o imbricado e difícil dilema da

⁹⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Volume 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 1999, 2009 (reimpressão).

⁹⁷ SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 93.

construção da Identidade Social (“Nacional”) com os olhos postos nos “modelos” dos países europeus (brancos, “higiênicos” e civilizados) como a única opção de modernidade (à época usava-se as expressões “modernização” e “modernismo”, acompanhados de civilização).⁹⁸

Um dos temas centrais de tal “modernização” passava pela delimitação da função do ex-escravo na dinâmica social. Um tema abordado pela dinâmica política republicana para além dos discursos abolicionistas como de Joaquim Nabuco, em que a escravidão não terminava com a abolição, mas com a efetiva inclusão social e econômica das suas vítimas⁹⁹. Nesse sentido, o discurso de “modernização” do país foi marcado por sua contradição: ao mesmo tempo em que sustentava a urbanização, a industrialização, a cientificização da sociedade brasileira, seleciona e delimita quais parcelas dessa população são abrigadas pela “modernidade”. Para os corpos dos ex-escravos, dos mestiços ou dos miseráveis, a “modernização” social chegou apenas mediante a delimitação de controles sociais concatenados com o ideal “científico” da época.

Um controle social cuja função é selecionar e demarcar as diferenças e os lugares entre os corpos marginalizados e os privilegiados. A novidade trazida pelo discurso modernizante da ciência é a incorporação de preceitos de um racismo biológico, utilizado como tema justificador da desigualdade social¹⁰⁰. A “raça” tornou-se um dos elementos centrais para a formação de estratégias de controle social aliada à militarização do Estado e às poucas (ou quase inexistentes e desacreditadas) políticas

⁹⁸ NEDER, Gizlene. Racismo e Cidadania no Brasil. In: *Violência e Cidadania*, 1994, p. 48.

⁹⁹ NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Petrópolis: Vozes, 1977.

¹⁰⁰ “Vale dizer, na sua origem, a formação da nacionalidade no Brasil teria que amalgamar as “três raças” e, como o paradigma científico hegemônico na virada do século XIX para o XX era o racismo de inspiração biologistas (o darwinismo social que fundamentava o positivismo e o evolucionismo), tal situação criava certo constrangimento. O dilema dos contemporâneos era: como formar a nacionalidade e cidadania num país de ex-escravos e de miscigenados, de “raças inferiores”. Atende-se para o fato de que a miscigenação era pensada como uma mistura de raças, forjando novas crenças (agora ditas científicas) sobre a superioridade de brancos de origem européia presentes na proposta do “branqueamento”, inscrita num racismo assimilacionista. Assim, reificavam ou reforçavam velhos preconceitos sobre a “barbárie” e a “inumanidade” dos africanos, eivados do racismo tradicional (inspirados no pensamento cristão de corte aristotélico-tomista presente na formação histórica ibérica, que justificou a dominação colonial escravista)”. NEDER, Gizlene; CERQUEIRA, Gisálio. *Família, Poder e Controle Social: concepções sobre a família no Brasil na passagem à modernidade*. In: *Idéias Jurídicas e Autoridade na Família*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 10.

sociais de inclusão. E um dos lugares em que o racismo encontrará uma forte assertiva no país foi na produção dos discursos criminológicos.

Das importantes estratégias de controle social desenhadas pelo republicanismo foi o Direito Penal, por meio da promulgação de um novo Código Penal, Decreto no. 847 de 11 de outubro de 1890. Um Código Penal que, dentre outras funções, serviu para demarcar a nova ordem política republicana e rechaçar a antiga legislação do Império. Conforme sua exposição de motivos:

O Generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro dos Negocios da Justiça, e reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal, decreta o seguinte: CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL.

O Código Penal Republicano representou para a dogmática jurídico-penal brasileira um encontro entre o ideário republicano (de matriz liberal) e as novas técnicas legislativas penais da época (especialmente influenciadas pelo positivismo). Alguns exemplos são: a inclusão do princípio jurídico da prescrição das penas, da proibição da retroatividade da lei penal (apenas permitida em *bonam partem*), da suspensão das penas perpétuas, agora reduzidas para um máximo cominado de 30 anos de pena privativa de liberdade (*prisão celular*). Ainda há a incorporação do exame de corpo delito e da medicina legal. Uma legislação que já dialogava com os aportes teóricos de uma cultura jurídica nacional formada no interior da academias de Direito (em especial o Largo São Francisco e Recife). Um diálogo que fomentou, ao longo de sua vigência, constantes críticas e reformas até sua revogação pelo Código Penal de 1940¹⁰¹.

O Código Penal de 1890 delimitou os “crimes sexuais” no Título VIII, sob a denominação: “Dos crimes contra a segurança da honra e da honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor”.

Considerada por Galdino Siqueira “palavrosa”¹⁰², tal denominação dos crimes sexuais importou na expansão da criminalização da sexualidade mediante a elaboração de novos tipos penais mais afinados com a “percepção” social

¹⁰¹ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2001, p. 410.

¹⁰² FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. 2º Volume. Parte Especial. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1958, p. 387.

“modernizante” da sociedade brasileira. O crime sexual figurava entre condutas que versavam sobre a criminalização de atentados morais contra a família (e seu chefe), além da criminalização de condutas de “risco” contra a moralidade protegida pelo Estado. A opção do legislador foi clara quanto ao modelo de “sexualidade” tratada. O crime representa a criminalização do atentado à moral familiar ou qualquer forma de exposição da honra patriarcal tão valorizada na sociedade.

Nesse sentido, destacou Araujo:

Entre as violações da moralidade há uma que constitui mesmo matéria de incriminação e punição por obra dos legisladores e foi a violação da castidade por incontinência.

Esta intrinsecamente considerada é ofensa à moralidade; mas pôde tornar-se matéria de incriminação em tres hypotheses, segundo trata da moralidade individual, da moralidade doméstica e da moralidade social.

Em primeiro lugar, a incontinência lesa a integridade moral do individuo constringendo a conjunções corporais ilícitas.

Em segundo lugar, a incontinência offende outras vezes também a moralidade domestica e a ordem das famílias.

Finalmente, a incontinência desnudada às vistas do publico, pôde offender o senso de moralidade social, forçando a consciência publica a ser espectadora de factos ilícitos que violam a pureza dos costumes.¹⁰³

Os delitos foram compostos por três conjuntos de atos que se desviavam do universo da “moral”: os atos individuais que atentavam contra a honra estabelecida (ex. o comportamento lascivo, a homossexualidade, o sexo antes e fora do casamento); os atos que colocariam em risco o bom nome familiar, cujo destaque recaí sobre o universo feminino. As mulheres, que já viviam isoladas no ambiente do lar, são apresentadas como corpos mais “frágeis” e culpáveis, uma vez que qualquer desvio de sua “honra” relacionada ao “sexual” (e para além da “conjunção carnal” propriamente dita, valem as carícias, os beijos impróprios, as condutas inapropriadas e até se apaixonar pelo rapaz “errado”) representava uma ofensa ao “nome” e à tradição familiar. Estupros, ofensas ao pudor, raptos, sedução de mulheres “honestas”, têm uma desigual valoração típica quando relacionados a “mulheres de família”, inclusive com a uma maior penalização do ato. E a última das definições morais, os atos públicos de agressão aos bons costumes. Aí, entra em ação a criminalização da exploração da prostituição, do lenocínio, do rufianismo, enfim, daquelas práticas em que o “sexo” é

¹⁰³ ARAUJO, João Vieira de. *O Código Penal Interpretado. Vol. I.* Obra fac-similar. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 21.

visto e praticado como um comércio, além dos atentados públicos ao pudor como um espaço destinado a abrigar qualquer outro tipo de atentado contra a “moralidade”¹⁰⁴.

A própria noção do bem jurídico penal tutelado passou por uma importante transformação. O Código Penal do Império pontuou-se na “proteção da honra da família ou do bom nome” contra a violação dos corpos (ou da moral) dos sujeitos mais frágeis, em regra geral, as mulheres. No Código Penal Republicano, o corpo feminino, pouco a pouco, foi destacado como autônomo e pressionado a se adequar aos padrões da conduta moral. Ao patriarcalismo e ao machismo social é somada a função política destacada pelo Estado. Mais do que a proteção do bom nome da família, a honra também passa a pertencer ao Estado, que se interessará pelas “paixões e lascividades” de seu corpo populacional, tornando a criminalidade sexual um problema da depravação social ou individual que irá encontrar no desenho de um controle social do tipo policalesco uma eficiente estratégia de selecionar e de culpabilizar os corpos considerados “perigosos ou depravados” para a moralidade social reinante.

O corpo da mulher¹⁰⁵ aparece, sob o abrigo da lei penal, como um dos lugares privilegiados para o exercício de tal controle, uma vez reconhecida sua face como um

¹⁰⁴ Segundo, Mazziero “a prostituição na virada do século XIX para o XX era considerada por boa parte da sociedade e, incluindo juristas como Evaristo de Moraes, um ‘mal necessário’ para a preservação da moral no lar, não podendo ser considerada crime. Entretanto, ela foi criminalizada como ‘ato imoral’ que ameaçava a vida social. Paralelamente a isso, existiu uma repressão médica, que perpassava a profilaxia da sífilis, e uma repressão moral contra os ‘escândalos’ promovidos pelas meretrizes. Implantou-se, portanto, uma penalização quanto à ‘conduta anti-social (anti-higiênica ou desmoralizante)’ das meretrizes que ofendessem a sociedade e o Estado. A Medicina foi uma forma de penalizá-la, pois a polícia devia capturar as prostitutas para exames médicos. Tratava-se, então, de um controle da sexualidade vista como criminosa pelo discurso da Criminologia: declarava-se ser necessária uma Polícia Sanitária para criminalizar a prostituição”. MAZZIERO, João Batista. *Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos* – São Paulo, 1870/1920. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01881998000100012&script=sci_arttext > Acesso em 03 de março de 2012.

¹⁰⁵ Nas palavras de Neder & Cerqueira: “Modernizaram-se, então, as concepções sobre o lugar da mulher nos alicerces da moral familiar e social. Ao contrário da família ‘tradicional’, aquela extensa, com a centralidade no *pater-família* (a época colonial e do período do Império), a ‘nova mulher’ deveria ser educada para desempenhar o papel de mãe (também de educadora – dos filhos) e era importante no desenvolvimento de uma sensibilidade romântica. Sobretudo, tornara-se figura-chave de suporte para o homem. A boa esposa e boa mãe deveria ser uma mulher prendada e deveria ir à escola, aprender a ler e escrever para bem desempenhar sua ‘missão educadora’”. NEDER, Gizlene; CERQUEIRA, Gisálio. *Família, Poder e Controle Social: concepções sobre a família no Brasil na passagem à modernidade*. In: *Idéias Jurídicas e Autoridade na Família*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.15.

sujeito de direito autônomo, restava sobre seu corpo a responsabilidade da “proteção de sua honra”, como observado por Viveiros de Castro em *“Delictos Contra a Honra da Mulher”*:

O respeito pela honra da mulher não é um sentimento innato ao homem e, sim, uma conquista da civilização, a victoria das ideas moraes sobre a brutalidade dos instinctos. E poderosamente contribuo para esse resultado a influencia do christianismo sobre os costumes. A evolução começou a operar-se na lei mosaica, de pois na romana onde os jurisconsultos com seu admirável senso jurídico firmaram doutrina segura, que ainda hoje vigora em suas linhas gerais. Depois no direito canônico, na legislação que nelle inspirou-se e finalmente em todos os códigos modernos, o legislador preocupou-se da honra da mulher e garantindo-a contra os assaltos do homem pela severidade da punição. Os attentados contra o pudor e o lenocínio são delictos; está assim protegida a infância. O adultério também é um delicto, o código acautela a honra do marido contra as seducções dos conquistadores. Ninguém pode violentar uma mulher, nem mesmo uma prostituta, ninguém pode subjugar-lhe a resistência pela violência physica ou pela coacção moral. Quem assim procede é réu de um crime de estupro. Também é proibida a sedução de mulher menor. Ainda que ella consinta, ainda que se entregue ao homem, este será um criminoso, réu de um delicto de defloramento, se obteve o consentimento da menor por seducção, pelo engano ou pela fraude. Apesar desta protecção legal, as estatísticas criminaes de quase todos os paizes da Europa accusam uma mancha sempre ascendente nessa categoria de delictos¹⁰⁶.

O crime sexual é destacado como um dos atentados mais importantes contra a “moral e honra” das famílias e do Estado, que se torna o responsável por coibi-lo. Nesse sentido, a lei penal deveria marcar de forma clara e precisa a qualidade do atentado contra a “carne”, pois ele representa uma transgressão contra a ordem social tão cara ao período republicano em nosso país. Todavia, apesar de a lei penal sobre as condutas sexuais ter se aprimorado e ganhado contornos mais “científicos”, mais concatenados com os aportes do positivismo da época, Viveiros de Castro reconhecia a dificuldade de julgar e de penalizar esse grupo de delitos.

Uma relevante obra sobre a abordagem dada pelo Código Penal ao tema dos crimes sexuais foi publicado por Beni Carvalho, *“Sexualidade Anômala no Direito Criminal”*¹⁰⁷. Nesse texto há uma incursão detalhada sobre os dilemas do Direito Penal e os crimes sexuais, em que cada tipo penal é comentado mediante a lei,

¹⁰⁶ SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. Obra Fac-similar. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de justiça, 2004, p. 533.

¹⁰⁷ CARVALHO, Beni. *Sexualidade Anômala no Direito Criminal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

jurisprudência nacional e internacional sobre o tema. O “defloramento” e a corrupção de menores, o estupro sem cópula vaginal; o adultério sem cópula vaginal e as relações sexuais anômalas no matrimônio; a violência indutiva no direito penal brasileiro; da interpretação extensiva em matéria penal, já são assuntos tratados pela dogmática nacional merecedoras de críticas e de avanços sobre o tema.

O Código Penal classificou os “crimes contra a segurança da honra e da honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor” em grupos de delitos compostos por: a) a “violência carnal”; b) o “raptio”; c) o “lenocínio” d) o “adultério”; e) o “ultraje publico ao pudor”.

O primeiro grupo de delitos é a “violência carnal”, delimitada pelo Código Penal no Capítulo I e doutrina da época como os mais graves delitos contra a honra. A violência carnal era entendida como qualquer tipo de sexo depravado ou não consentido, cuja inovação é a incorporação da violência ou da ameaça como elemento típico para o delito, e a possibilidade de abrigar como sujeitos passivos ambos os sexos. Outro importante aporte previsto pela legislação de 90 foi a substituição das penas de “desterro” pela “prisão celular”, em outras palavras, a substituição das penas corporais por penas privativas de liberdade para os crimes sexuais em consonância com os primados “liberais” da nova legislação penal. Divide-se nos seguintes crimes: o “attentado contra o pudor”, o “estupro”, a “corrupção de menores” e o “defloramento”.

O delito de “attentado contra o pudor” foi previsto no art. 226, que versa: *“Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena – de prisão cellual por um a seis annos. Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem”*. Pudor é uma expressão que representaria a “vergonha” quando se faz em público toda sorte de condutas humanas passíveis de ser repreendidas pela moral e bons costumes. Abarcaria, em essência, qualquer ato “imoral”, desde relações homossexuais até um casamento inapropriado. A pena nesse caso seria de 1 a 6 anos de prisão celular. Segundo Soares, em comentário ao Código Penal:

pudor é o sentimento de vergonha, que se experimenta todas as vezes que se percebe, vê ou faz em público acções repreensíveis, taes como as relativas a união dos sexos ou outra qualquer que atrahe o desprezo das pessoas. Na mulher, uma das manifestações do pudor é o recato, que consiste em viver de

modo a segurar sua honra e boa reputação., respeitando-se e fazendo-se respeitar pelos outros. Pudor é também sinônimo de decência, que significa decoro, honestidade exterior, congruência e conformidade que se deve guardar, no gesto, na conducta, no modo de trajar-se, nas palavras, com os lugares, tempos, pessoas, idade, etc. Pudicícia é a pureza do corpo e da alma com relação aos prazeres ilícitos. É sinonimo de castidade que distingue-se da continência. A castidade é uma virtude moral que prescreve as regras para uso dos prazeres do amor; a continência é uma outra virtude moral que proíbe o uso desses prazeres. A diferença entre pudor e pudicícia é, portanto, específica; o atentado contra o pudor a que se refere ao Código (art. 226), não é senão o atentado a pudicícia, como são as demais espécies de violência carnal descriptas nos artigos seguintes. A denominação genérica de violência carnal é incorreta, pois na corrupção por simples libidinagem não há contato carnal e ainda menos violência¹⁰⁸.

O estupro, previsto no art. 268 e 269, amplia sua “proteção” penal condicionando a expressão “mulher virgem” por “honesta”, reiterando a delimitação do tipo penal no uso da violência, não só física, mas por meio do uso de qualquer instrumento que prive ou diminua a capacidade de consentimento, como o uso de anestésicos e narcóticos. Assim: art. 268 *“Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena – de prisão celular por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena – de prisão celular por seis mezes a dous annos”*.

Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, choroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos¹⁰⁹.

Dessa forma, pode-se supor certa valorização do consentimento da mulher que passa menos pela vontade de seu responsável e cada vez mais atribuída ao seu corpo e à sua vontade. O corpo feminino faz sua entrada como um sujeito jurídico, daí a preocupação do legislador em descrever tão minuciosamente as formas pelas quais é possível mitigar ou violar tal consentimento. A mulher (branca e burguesa, boa mãe e de família) é agora reconhecida como o sujeito de seu corpo e por isso mesmo se torna responsável pelo seu cuidado e sua honradez.

O consentimento da mulher se torna a pedra angular do crime de estupro, sendo a violência apenas um meio para viciar tal vontade, cuja responsabilidade recai integralmente em seu comportamento social. Assim decidiu a Corte de Cassação “o

¹⁰⁸ SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, 2004, p. 534.

¹⁰⁹ SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, 2004, p. 540.

estupro é toda conjunção carnal sem a participação de sua vontade”¹¹⁰. As regras sociais são prescritivas para as mulheres que devem se comportar bem, possuir manejo social (mas não demais), saber escrever, cozinhar e, principalmente, saber evitar os “perigos” sociais. O andar sozinha na rua, o usar roupas provocantes (que nesse tempo basicamente consistia em mostrar seu colo e seu tornozelo), respeitar os horários convenientes e nunca errar pelo excesso de independência, tornam-se motivos que irrompem o direito de forma a construir o tema dos crimes sexuais, conduzindo seu perigo e sua responsabilidade para o corpo feminino.

Outra questão importante atrelada ao reconhecimento do consentimento feminino como núcleo do tipo de estupro é a criminalização do “estupro da mulher pública” (ou prostituta), todavia, apenado de forma mais leve (art. 268, parágrafo 1º) para 6 meses a 2 anos de prisão.

Código Penal inova em instrumentos jurídicos que serão fundamentais para o desenho da criminalização do sexo: “1. A incorporação da presunção de violência contra menores de 16 anos (art. 272); 2. As causas de aumento de pena quanto à qualidade do autor (em até uma sexta parte), se for ministro religioso, se for casado, se for criado, doméstico da ofendida ou de pessoa de sua família ou (em até uma quarta parte) se for ascendente, irmão, cunhado, curador ou tutor”.

Outro destaque a ser citado é o modelo de ação penal vinculada aos “crimes contra o pudor”. Em regra geral, são crimes em que a “ofendida” (e não vítima) deve ela mesma denunciar seu agressor e, não raro, provar a sua agressão (ou ofensa). Trata-se de uma ação penal privada, cujo direito de queixa da vítima prescreve em seis meses da data do fato (art. 274 e 275). Apenas são consideradas ações públicas aqueles fatos cometidos contra pessoas miseráveis ou abrigadas em asilos; se da violência carnal resultar morte ou perigo de vida; ou se cometida com abuso de pátrio poder.

Uma construção jurídica que irá atravessar todo o século XX vinculando a violência sexual à esfera privada, fazendo que os instrumentos de justiça penal apenas sejam chamados diante do pedido da vítima. Uma fórmula que, por um lado, credita à vítima da violência sexual uma proteção jurídica; por outro define tal “proteção”

¹¹⁰ SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, 2004, p. 540.

mediante a projeção da sua vergonha e pudor social desonrados pela violência sexual sofrida. Uma fórmula que nas descontinuidades históricas da lei penal possibilitou a narrativa de um discurso de poder descolado da denúncia efetiva dos violadores, deixando desabrigado e desprotegido o corpo de milhares de sujeitos alheios a expansão dos tipos penais e das penas. Sujeitos invisíveis ao discurso da criminalização expressiva da violência sexual, mas que revela sua impossibilidade em face de um processo que é raro e incômodo para os operadores da justiça e para a sociedade em geral.

Juristas como Viveiros de Castro já apontavam, apoiados pela onda modernizadora dos positivismos científicos europeus, as incongruências de um sistema pautado na proteção da honra como privilégio legal em detrimento do reconhecimento do corpo da mulher, como vítima e sujeito jurídico protegido. Nesse sentido, destacamos sua crítica ao Código Penal por permanecer o “direito de queixa” à mulher e o prazo prescricional de seis meses, afastando a titularidade do Ministério Público:

Na processualidade penal dos delictos de violência carnal e rapto os Autores divergem quanto á acção publica e privada. Uns entendem que o Ministério Publico, salvo raras excepções, não deve proceder ex-officio. Sua acção precisa ser provocada pela parte offendida. É a vitima do delicto o juiz da conveniência da repressão. Se ella calar-se, se prefere occultar o crime no segredo do lar, o Ministério Publico não deve ter o direito de intervir. Justificam esse systema pelo interesse das famílias, pela difficuldade da prova, pelo reconhecimento da innocencia em caso de erro, finalmente como um recurso contra a inacção do Mistério Público. Viveiros de Castro, Delictos contra a mulher, cap. VI, os. 179 e sgs, reproduz os argumentos que apóiam semelhante theoria e se encontram em Fuensalida, Commentario ao código penal Chileno, parágrafo 1154, Faustin Hélie, Tractado de Instrucção Criminal, v. I, parágrafo 986, Código Penal argentino, v. II, p. 176, Princípio do novo código de Instrucção Criminal , p. 80. Já em 1894 na sua obra Nova Escola Penal, Viveiros combateu essa theoria que faz depender a acção publica nos crimes de defloramento e estupro da queixa da parte lesada. Revendo hoje essa questão, à luz de mais aprofundados estudos, e com o espírito mais amadurecido pela experiência de juiz, convenço-me, diz o ilustre magistrado, que não erre, que a minha opinião é a verdadeira, mais ainda que em breve estará vitoriosa. Com effeito, serias e poderosas razões justificam a necessidade de ser a acção sempre publica, sempre exercida pelo Ministerio Publico e não um direito da offendida. Convém logo notar que os argumentos da doutrina opposta ao resistem a um exame serio. Passo em seguida demonstrar, fundado em sólidas razões de interesse publico e da própria offendida, a improcedência dos argumentos da escola contrária. E conclue: o direito de queixa privada é um absurdo. Semelhante faculdade não pode continuar na legislação de um povo culto. Na vida pratica, no domínio dos fatos (e é nessa fonte que a lei deve se inspirar) as conseqüências do direito de queixa privada

são, como bem disse Enrico Ferri na Sociologia Criminal, uma fonte de abusos e transações vergonhosas entre ofensores e ofendidos¹¹¹.

Restava a permanência da obrigatoriedade de o autor “dotar” a vítima como compensação pela sua vergonha e pela publicização da marca de seu corpo usado que não encontrará mais valor no mercado de casamentos. O valor do dote figura como a injusta troca entre a carne violada e sua culpabilização eterna no corpo social. E, por fim, a troca entre a violência sexual e o casamento, mantido como condição para não imposição da pena (e resgate moral da vítima) quando acertado entre o agressor e a ofendida (art. 276, parágrafo único).

O segundo modelo de crime sexual é o rapto. Previsto no art. 270, versa *“Tirar do lar doméstico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viúva, attrahindo-a por sedução ou emboscada, ou obrigando-as por violência, não se verificando a satisfação dos gozos genésicos: penas de 1 a 4 anos de prisão celular.”*

O crime de rapto emerge na doutrina penal como uma espécie de “nó” teórico rebuscado que envolve diferentes abordagens do bem jurídico tutelado. Embora haja a referência expressa na lei quanto ao fim libidinoso, alguns juristas o considera mais adequadamente como um crime contra a liberdade pessoal, iniciando um debate que perpassará durante as próximas décadas (e chegará ao Código Penal de 1940). Um delito cuja essência versa na “posse” do corpo feminino, no manter o corpo feminino contra sua vontade. Eis aí uma importante percepção das relações de poder que imperam sobre as mulheres: no crime de rapto há a violação da posse do corpo legítima (da “família”) para a ilegítima (autor). A criminalização ocorrerá no especial fim do delito: a vantagem libidinoso. O Código Penal novamente recorreu à fórmula do consentimento viciado da mulher. Com a possibilidade de diminuição da pena, quando o autor restituir a mulher a sua família, sem, é claro, ter atentado contra seu pudor ou honestidade.

O terceiro grupo de delitos versa sobre o “lenocínio”, previsto como uma novidade no art. 277: *“excitar, favorecer ou facilitar a prostituição de alguém para*

¹¹¹ SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, 2004, p. 553.

satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem; pena 1 a 2 anos de prisão”. No parágrafo único do Código Penal trouxe uma menção ao “lenocínio” praticado por ascendente ou tutor. A rigor, tal crime aparece para a doutrina da época como uma conquista para a proteção das crianças diante de uma suposta exploração sexual. Um tema já recorrente na época, em que o sexo, pouco a pouco, ganha destaque como uma função política e de Estado. Não há ainda uma tipificação exclusiva para a exploração da prostituição ou do comércio sexual, mas havia já entre os doutrinadores aqueles atentos a uma questão que se tornará central na dogmática penal do século XIX: a escravidão sexual.

A questão do tráfico de mulheres brancas continua a preocupar a atenção das Nações. A propósito lemos em uma correspondência do Jornal do Commercio, datada de Pariz de 20 de novembro de 1902:

Conforme oportunamente noticiamos, reunio-se em Paris, na mez de Julho, um Conferencia Internacional, sob a presidência do Sr. Delcassé, ministro dos Estrangeiros, com o fim de tratar da repressão do odioso e repugnante mercado de mulheres brancas, para quais as leis actuaes são pouco efficases. Nessa conferencia estiverão representados quase todos os paizes do continente europeu e da América do norte. Da América do sul só o Brazil se fez representar pelo seu Ministro, o Sr. Gabriel de Piza. O Programa proposto nessa conferencia pelo governo Francês foi o seguinte: “medidas de ordem penal”; Introduzir na legislação penal dos paizes cujas leis são insufficientes e esse respeito os delictos seguintes:

Menores: Ajuste ou alliciação para a prostituição; admissão ou retenção nas casas ou lugares de deboche. Penas a determinar: agravação da pena, se o delicto foi praticado for violência, ameaça, fraude, abuso de autoridade ou qualquer outro constrangimento.

Mulheres maiores de idade: ajuste ou alliciação para a prostituição, admissão, ou retenção nas casas de deboche ou de prostituição. Penas a determinar: Convenção Internacional a estabelecer no que disser respeito á competência quanto aos processos a intentar, a extradição dos autores e cúmplices, uma execução tão rápida quanto possível dos mandatos de prisão e das cartas precatórias, a vigilância que deve ser exercitada nas chegadas e nas partidas de pessoas suspeitas de se entregarem aos actos incriminados, e das victimas desses actos; os avisos a dar aos Governos sobre o domicilio dessas ultimas, a sua repatriacção, as instrucções que devem ser dadas aos agentes diplomáticos ou consulares dos diversos governos no estrangeiro¹¹²

Houve o acréscimo no capítulo sobre o “lenocínio” do art. 278, que versa sobre “manter ou explorar casas de “tolerância” (prostituição)” assim, *“Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constrangendo-as por intimidações ou*

¹¹² SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, 2004, p. 565.

ameaças, a empregarem-se no tráfico da prostituição; prestar-lhes, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistência, habitação e auxílios para auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação: Penas – de prisão celular por um a dois annos e multa de 500\$ a 1:000\$000”. ; “o aliciamento de mulheres à prática da prostituição (parágrafo 1º.)”; e previsão de que os crimes que tratam o art. 278 “podem ser punidos em nosso país ainda que um ou mais atos constitutivos do delito tenham sido praticado no estrangeiro (parágrafo 2º.)”.

Tangenciando as criminalizações impostas pelo Código Penal como a escravidão, o comércio sexual (de mulheres brancas) e o combate à exploração da prostituição, observa-se que esse conjunto de práticas já constituía um tema de Estado no início do século XX, mediante a incorporação pela legislação do anseio internacional de coibir o tráfico de mulheres e crianças. Um fenômeno jurídico e social que tem importantes reflexos na consolidação de políticas públicas de segurança sobre o sexo em nosso país. Um tema que irá encontrar um espaço cada vez maior nas criminalizações da sexualidade na reforma do Código Penal de 1932 e na promulgação do Código Penal de 1940 até a reforma da parte especial em 1984 e 2005. Na descrição de Mazziero a forma como a prostituição passa a vigorar como um tema penal e de segurança no contexto da República:

A criminalização de prostitutas também se dava através do que se julgava atentado ao pudor: se alguma mulher "comete um ato que escandalize o público, deve ser presa". Alegando que nas ruas onde se explorava o meretrício as decaídas exibiam-se escandalosamente, ofendendo o pudor público, falando palavras obscenas ou provocando transeuntes ao deboche, as autoridades policiais procuravam enquadrar estes atos como crimes. Buscavam justificativas no artigo 282 do Código Penal, que punia todo aquele que "ofender os bons costumes com exhibições impudicas, atos ou gestos obscenos, atentatórios ao pudor, praticados em lugar público"². Outra forma de criminalizar a prostituição foi a sua equiparação à vagabundagem, podendo a meretriz ser enquadrada no Código Penal e presa. O decreto 1.034A, de 01/09/1892, atribuiu ao Chefe de Polícia "ter sob sua vigilância as mulheres de má vida". Em 05/02/1902, o decreto 4.763 dispôs que cabia aos delegados urbanos e suburbanos essa vigilância, "da forma que julgar mais conveniente ao bem-estar da população e à moral pública". Em 1907, os decretos legislativos 1.631 e 6.440 destinaram essa função aos Delegados de Polícia. Uma vez que a prostituição não era matéria do Código Penal, a atuação do poder do Estado sobre ela estava a cargo da própria polícia que a criminalizava por sua prática cotidiana¹¹³.

¹¹³ MAZZIERO, João Batista. *Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos* – São Paulo, 1870/1920. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010201881998000100012&script=sci_arttext > Acesso em 03 de março de 2012.

A prostituição poderia ser definida como o aporte essencial da mercantilização do corpo e do sexo. O valor econômico do corpo sexual pode ser sentido na preocupação constante em legislar, coibir e, em grande medida, controlar tais demandas pelo consumo do corpo e da lucratividade do sexo. Daí a prostituição figurar como tema de Estado, como tema de governo e, principalmente, como tema de economia desvelando sobre si um aparelho policialesco de vigilância e de controle social sobre sua prática.

A prostituição, nesse contexto, foi pensada como uma consequência brutal dos processos de urbanização e de mercantilização da sociedade brasileira, em que a miséria aparece como um fator determinante para o “vício moral”. Os fatores econômicos desiguais e exploratórios dos corpos humanos eram, todavia, ainda fortemente marcados pela medicalização do desvio, pelas teorias degenerativas de uma criminologia etiológica e um controle social pautado na vigilância e correção mediante uma “ortopedia moral” e policial das classes mais vulneráveis.

Ficamos com o aviso de Foucault sobre a articulação entre as demandas de poder normalizadores da disciplina e da biopolítica, onde a sexualidade encontrará cada vez mais funções e cada vez mais controles que também atingiram o sistema penal e sua função nada velada de controle social. Sobre a mercantilização do corpo sexual, restam olhares que nos forçam refletir além das “imagens impuras” das fotografias realizadas por Bellocq de suas “mulheres-prostitutas”¹¹⁴. O olhar de Bellocq sobre a prostituição e suas imagens comercializadas pode figurar como uma denúncia do corpo sexual captado pela imagem, explorado pelo mercado e tomado como um bem de consumo de prazer. As imagens da “prostituição” desvelam a beleza do corpo consumido, cuja inquietude silenciosa da foto deixa-nos em suspense: o limite do corpo está posto e, agora, passa a ser desenhado no seu valor de uso e de troca.

O quarto grupo de criminalizações impostas ao sexo é permanência da criminalização do adultério, da poligamia, da celebração do casamento contra a lei e do parto suposto e outros fingimentos, previstos nos artigos 283, 284 e 285. E mais uma

¹¹⁴ SAMYM, Henrique Marques. *Mulheres Honradas, Mulheres Infames*. Disponível em <http://www.carcasse.com/revista/anfigur/bellocq/index.php>. Acesso em 03 de março de 2012.

novidade, o quinto grupo das criminalizações são as condutas tipificadas como “ultrage publico ao pudor”, previstas a partir do art. 282: *“Offender os bons costumes com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentorios do pudor, praticados em lugar publico ou freqüentado pelo público, e que, sem offensa á honestidade individual de pessoas, ultrajam e escandalizam a sociedade: pena de 1 a 6 mezes de prizão cellular”*¹¹⁵. A derradeira possibilidade de criminalizar qualquer outro tipo de atentado ou de transgressão que atingiria a moralidade social.

As constantes reformas sofridas pelo Código Penal de 1890 deram causa ao Decreto no. 22.213, de 14 de dezembro de 1932, chamada de Consolidação das Leis Penais de autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe, a pedido do então chefe do governo provisório do Brasil, Getulio Vargas. Esta Consolidação de Leis Penais incorporam ao sistema jurídico-penal nacional uma série de leis esparsas que visam “corrigir” e atualizar a legislação de 1890, buscando sua “integração” com as aspirações “modernas” da sociedade brasileira. A Consolidação de Leis Penais de 1932 abriu espaço para a promulgação do novo Código Penal de 1940, um Código que chega até nossa atualidade (Parte Geral passou por uma importante reforma em 1984).

Uma legislação penal selou o destino de milhares de corpos humanos selecionados e subjugados pelo sistema penal brasileiro. Sua Parte Especial, saudada em sua promulgação pelos “avanços” legislativos¹¹⁶, ofereceu interessantes mudanças sobre as condições dos corpos sexuais no país, embora logrando algumas repetidas fórmulas morais e incriminadoras do sexo desvelando as relações de poder e de saber que emergem em um período sobre o corpo e a produção das subjetividades viventes.

¹¹⁵ SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, 2004, p. 578.

¹¹⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

1.3 Os crimes contra os Costumes

1.3.1 Os “costumes” na sociedade brasileira

Em 14 de dezembro de 1932 foi “aprovado” o Decreto no. 22.213 por Getúlio Vargas (então chefe do governo “provisório”) mediante a justificativa de “atualização, modernização [sempre ela] e publicização” das leis penais e da penalogia aplicadas no país, bem como sua divulgação em âmbito nacional, visto que as inúmeras alterações legais poderiam dificultar a aplicação do direito ou impossibilitar a adoção de “uma cor sólida” das leis penais no Brasil. Conforme sua exposição de motivos:

Considerando que o Código Penal Brasileiro, promulgado pelo decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, tem sofrido inúmeras modificações, quer na classificação dos delitos e intensidade das penas, quer com a adoção de institutos reclamados pela moderna orientação da penalogia;

Considerando que essas modificações constam de grande número de leis esparsas, algumas das quais já foram, por sua vez, profundamente alteradas, o que dificulta não só o conhecimento como a aplicação da lei penal;

Considerando que, não sendo lícito invocar a ignorância do direito devem as leis estar ao alcance de todos, já pela clareza, já pela divulgação, o que, com rigor maior, cumpre seja observado em relação às leis penais, em virtude da particular incidência destas sobre a liberdade individual;

Considerando que, malogradas as várias tentativas de reforma do Código Penal Brasileiro, a que ora se empreende ainda tardará em ser convertida em lei, não obstante a dedicação e competência da respectiva Sub-comissão Legislativa;

Considerando que, sem desarticular o sistema do Código atual nem alterar as disposições em vigor, é de todo conveniente seja adotada uma cor sólida das leis penais;

Considerando que esse objetivo pôde ser alcançado com o trabalho “Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor”, da autoria do Sr. desembargador Vicente Piragibe, Juiz da Corte de Apelação do Distrito Federal, com exercício em uma das câmaras criminais desse alto tribunal judiciário;

Considerando que a própria Sub-Comissão legislativa do Código Penal, em parecer emitido sobre o mencionado trabalho, reconhece a sua utilidade prática e se pronuncia pela sua aprovação oficial, pensando, do mesmo modo, o Instituto dos Advogados, o Club dos Advogados e a unanimidade dos desembargadores das Câmaras Criminais da Corte de Apelação do Distrito Federal.

Realizada por Vicente Piragibe e “aprovada” por associações de juristas, tal Decreto funcionou como uma espécie de lente para a leitura das leis penais durante quase oito anos. Um período marcado pelo signo do “provisório”, traduzido mediante uma alteração dos marcos de poder político desenhado por Getúlio Vargas. Mais do que assinalar as deficiências do Código Penal de 1890, o Decreto foi produto das

transformações no jogo de poder (político e jurídico), da rejeição de um modelo de legalidade e do anúncio do “novo”. O Decreto serviu como escopo para a elaboração de um novo Código Penal enquanto o país vivia um período de “exceção” (ou “provisório”). Nessa medida, sua “aprovação” veio carregada com o tom de um autoritarismo que pretendia, por meio da lei penal, ditar os novos aportes “legais” da criminalização e da punibilização dos sujeitos, afirmando a estratégia de controle social do Direito Penal.

A Consolidação das Leis Penais de 1932 altera a nomenclatura do Título VIII sobre os crimes sexuais, os definindo sob o discurso *“Dos crimes contra a segurança da honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor”*. Uma novidade apontada pela incorporação da expressão “honestidade” como “bem jurídico penal”, de acordo com o contexto de “exceção” típico de movimentos estratégicos do poder. A violência carnal, descrita no art. 266 passou a ter a seguinte redação *“Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: pena – de prisão celular por um a tres annos”*.

Esse período deu início ao projeto de Vargas para “construção” de uma nação assentada em novos valores nacionais. Um país desenhado pelo traço de uma urbanização cada vez mais veloz, o de crescimento industrial e, principalmente, a eclosão de um Estado que faz de sua soberania um princípio de intervenção e promoção da vida humana. A “era Vargas” talvez realize o projeto iniciado no final do século XIX de “racionalização” da esfera “governamentalizável” em nosso país, em que o Estado traz em si a marca de uma soberania fortalecida (o poder de fazer morrer) e de uma política interessada no “fazer viver” da população. Uma época em que a própria concepção de poder deixa a centralidade militarizada para se reorganizar por meio da promoção de políticas públicas voltadas para a promoção do bem-estar social.

Todavia, tais políticas de bem-estar não desvelam uma “bondade” dos mecanismos de poder, mas sua rearticulação em outra ordem de controle social. Um controle social que perde parte de sua violência instrumental contra o corpo para se tornar um mecanismo de promoção do corpo. Um mecanismo de controle e de obediência que, segundo Foucault, se aproxima das regras de um poder do *tipo*

pastoral em que a promessa de submissão garantiria o provimento ou a salvação da comunidade, do povo, dos eleitos. Isso não significa uma impossibilidade, mas uma mudança angustiada de foco para pensarmos na racionalização da política moderna sobre os Estados a partir do lugar onde há um “delicado ajustamento entre o poder político exercido sobre os sujeitos civis e o poder pastoral que se exerce sobre os indivíduos vivos”¹¹⁷.

Nessa linha, destaca Foucault, a incorporação do Estado de políticas públicas sociais como a promoção de direitos sociais, trabalhistas, assistencialistas ou as reformas urbanas estariam delimitadas por elementos de uma nova tecnologia de poder interessada na individualização e no rendimento dos corpos incorporados à razão política moderna. As conquistas do positivismo científico ao “analisar, selecionar e classificar” os corpos passaram a estratégias de controle que extrapolaram os indivíduos e atingiram a noção de população.

O Estado, conforme Foucault, aparece como o bom gestor (ou pastor) de sua população. Um fato deveras interessante para o Estado Novo, em que ao mesmo tempo em que cria mecanismos de providência de sua população (mestiça, mas honrada), mantém limites claros sobre os direitos e as garantias individuais, reprimindo violentamente os “corpos-ovelhas” desgarrados de seu rebanho. Tão importante quanto

¹¹⁷ Pautado nos escritos cristãos de Crisóstomo, Cipriano, Ambrósio, Jerônimo entre outros, Foucault delimitará os aspectos mais fundamentais do poder pastoral e seus usos como uma razão política: “1. A Responsabilidade: um poder do tipo pastoral destaca a total responsabilidade do pastor pelo destino e bem-estar do rebanho, tanto em sua totalidade, como individualmente. Tal responsabilidade está fortemente marcada por um conteúdo moral expressivo, em que cada pecado ou falta também deve ser atribuído ao pastor. Assim, entre o pastor e seu rebanho se estabelece um forte vínculo moral assentado na necessidade do pastor em conhecer não só a vida de cada uma de suas ‘ovelhas’, mas também os detalhes de sua vida. 2. A Obediência: a relação que se estabelece entre o pastor e suas ovelhas é de dependência individual e coletiva. Trata-se da elaboração de um mecanismo de submissão pessoal entre cada ovelha e o pastor, muito além da mera obediência em relação à lei do pastor, atingindo a esfera de sua vontade. Há a submissão do corpo à vontade do pastor. Tal submissão só pode ser completa a partir do conhecimento individualizado de cada ovelha, mediante a organização de estratégias como o exame de consciência e a direção de consciência. São estas estratégias bastante utilizadas pelo cristianismo que irão possibilitar a abertura da verdade do indivíduo ao pastor e sua utilização em um esquema de direção ‘espiritual’ em que o caminho para a verdade ou salvação passe necessariamente pela obediência. 3. A Mortificação: pode parecer estranho que o tema da ‘morte’ tenha um correspondente em um tipo de poder que se destaca sobre o controle da vida, mas a mortificação gestada pela pastoral é sensivelmente diferente do poder de ‘fazer morrer’ das tradições políticas soberanas. A mortificação é definida como uma relação para consigo mesmo, como um elemento precioso na constituição da identidade cristã”. FOUCAULT, Michel. *Omnes ET Singulatim: Para uma Crítica da Razão Política*. Trad. Selvino J. Assmann. Nephelibata: São Pedro de Alcântara, 2011. p. 36.

os instrumentos clássicos da soberania, destaca Foucault, estaria a elaboração de um conjunto de estratégias, de pequenas racionalidades que incidirão sobre o governo. Assim, além de lugar da aplicação dos princípios racionais de sabedoria, de prudência, de legalidade e de legitimação, caberia também a elaboração de um conjunto de saberes que permitam pensar sobre a potência do Estado: a estatística, a aritmética, a medicina, são alguns dos saberes que incorporam a racionalidade política, servindo como assentamento da função do Estado. Sobre o período, destaca Neder:

No período do Estado Novo, esboçaram-se as incursões do Estado no que se refere à realização de políticas públicas na área de família e de educação. Ênfase especial passou a ser dada à idéia de “família regular, “saudável”, suportada na eugenia, com desdobramento no racismo assimilacionista, que, por sua vez, apostava no branqueamento da sociedade brasileira.¹¹⁸

Por um lado, ao passo da realização de um novo Código Penal, construiu-se uma legislação para o trabalho (urbano e fabril) por meio da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, da organização de um aparelho policial reforçado sobre o patrulhamento da vida, a formação de grandes empresas nacionais em áreas estratégicas para um Estado forte: energia, petróleo e mineração.

O projeto de uma nação forte assentava-se na promoção de um Estado “pai” e provedor de políticas de segurança para seu “povo”. Saúde para o trabalhador, educação pública, assistência social e ao trabalho, aposentadoria, policiamento, a posição das mulheres¹¹⁹, se tornam temas constantes e anseios profícuos de uma nova “classe média” nacional na medida em que se constrói uma sensação de bem-estar social; em correlato há o constante fortalecimento do Estado.

Nesse contexto, o Código Penal de 1940, agora promulgado por Getúlio Vargas (Decreto-lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), foi o resultado de um esforço

¹¹⁸, NEDER, Gizlene; CERQUEIRA, Gisálio. Família, Poder e Controle Social: concepções sobre a família no Brasil na passagem à modernidade. In: *Idéias Jurídicas e Autoridade na Família*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

¹¹⁹ Nesse sentido, Araújo aponta: “A mulher brasileira, portanto, pertencente às camadas sociais mais favorecidas, deveria atuar no mundo moderno capitalista acumulando uma dupla função: a de dona de casa e educadora dos filhos e a de cidadã consciente de seus deveres e responsável pelo destino da pátria. Conciliar razão e sentimento, colocar à disposição da coletividade a intuição, dom natural atribuído ao sexo e do qual as mulheres não davam mostras de quererem desvencilhar-se. “O sufrágio feminino escreverá decerto na história brasileira a página do coração”. ARAÚJO, Rita de Cássia Barbosa. *O voto de saias: a Constituinte de 1934 e a participação das mulheres na política*, 2003, p. 141.

coletivo de iminentes juristas da época¹²⁰ para atualizar e modernizar as leis penais e adequá-las a uma sociedade brasileira “moderna e urbana”. Um discurso e uma prática que, não raro, aparecem dissociadas entre o tema da lei e a vida da população brasileira.

O Código Penal de 1940 trouxe várias alterações sobre a temática dos crimes sexuais, concatenadas com os dispositivos de poder da época voltados para uma política de controle social: autoritária e, ao mesmo tempo, provedora. Tal modelo de controle social pode ser percebido nas diversas criminalizações “racionalizadas” sobre as condutas populacionais abarcadas pela legislação penal.

Com a inclusão do exame de corpo de delito em 1894, a medicina - incentivada pela euforia acadêmica de vários de nossos juristas partidários da “cientificização” da lei – fez sua entrada oficial ao universo das punições legais, como exemplo, no Código Penal de 1940, o aborto foi previsto em vários artigos especificando as condutas criminalizadas e as “exculpáveis”. São crimes, o *“Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento”* (art. 124); o *“Aborto provocado por terceiro”* (Art. 125), com ou sem consentimento da gestante (art. 126). Não são puníveis o aborto praticado por médico, chamado *“Aborto necessário”* (art. 128) quando *“não há outro meio de salvar a vida da gestante”* e o *“Aborto no caso de gravidez resultante de estupro”*, quando *“se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”*.

Considerado uma praga pública, pois “o produto da concepção normal não pertence só a mãe, ele também pertence ao Estado (...) a prática do aborto criminoso suprime o indivíduo, membro da família, de que se compõe o Estado”¹²¹, assinalando sua compreensão fora da intimidade do lar (ou da mulher) a partir de uma questão pública e de segurança.

A opção política pela valorização da família, das relações sexuais e de procriação legítimas para o Estado, promoveu a criminalização de toda e qualquer sexualidade

¹²⁰ O Projeto de 1940 foi Formulado pelo Dr. Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, revisado por uma Comissão de “notáveis” juristas como Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra.

¹²¹ PRIORE, Mary Del. *Histórias Íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil*. São Paulo: Ed. Planeta, 2011, p. 146.

fora dos padrões morais (políticos) ser definida como “perigosa”. Sob o signo do perigo e do risco social, foram incorporadas pelo Código Penal de 1940 as “medidas de segurança” como modelo de punição-tratamento para os considerados por lei inimputáveis, prevista no art 75, *“As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”*, seus pressupostos são *I - a prática de fato previsto como crime e II - a periculosidade do agente* (art. 76). Uma periculosidade que não é presumida por lei, mas no reconhecimento do perigo do indivíduo, *“se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir”*. Versa o Código Penal:

Art. 78. Presumem-se perigosos:

I aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena;

II - os referidos no parágrafo único do artigo 22;

III - os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;

IV - os reincidentes em crime doloso;

V - os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores.

Com a consolidação das medidas de segurança, o arsenal punitivo e de controle sobre o sexo estava completo: Direito Penal, criminologia, políticas de segurança e a medicina uniram esforços para adestrar a sexualidade em termos de fortalecimento de poder.

E ainda a criminalização de condutas de “risco” ao conjunto populacional tomada como um esforço à vida, no Capítulo III *“Da periclitção da vida e da saúde”* (Título I *“Dos Crimes contra a pessoa”*) em que o sexo como tema de Estado aparece em seu perigo pervertedor do corpo populacional no crime de *“Perigo de contágio venéreo”* (art. 130) quando *“expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer outro ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”* dá uma pena de detenção de 3 meses a um ano, ou multa. Salvo, se a intenção do agente é transmitir a moléstia, nesse caso, a pena é de *“reclusão, de um a quatro anos, e multa, de dois contos a dez contos de réis”*.

O Código Penal de 1940 tratou especificamente dos crimes sexuais sob a nomenclatura dos *“Crimes contra os Costumes”*. Sob o signo dos “costumes”, foi

incorporado pelo Código Penal certa compreensão e distinção sobre a sexualidade que desenhou o modelo de controle sobre e para o sexo criminalizado. Assim, observou-se a contínuo aumento das tipificações e das penas; o aparecimento de novos autores e novas vítimas; de novas subjetividades adequadas ao “refinamento” científico propostos sobre tal criminalidade.

Conforme Nelson Hungria, o Direito Penal só deveria prestar atenção na “ética sexual”, quando “dentre os atos reprovados por esta, incriminar aqueles que, por sua gravidade, afetam a disciplina, utilidade e conveniência sociais”.¹²² Mas isso não significa, para o autor, a mera redução do Direito Penal aos preceitos morais e religiosos, segundo Hungria, “O Direito Penal, num Estado “Agnóstico” deve se preocupar objetivamente com as lesões positivas aos interesses dos “indivíduos, das famílias e da comunhão civil”.¹²³

E por que “costumes”?

A expressão costumes está atrelada ao modelo moral, social, cultural, político e religioso que delineava a sexualidade brasileira da época. Um modelo que, de certo modo, também foi construído pelos ideais “científicos” de alguns dos intelectuais preocupados com a formação e a problematização da identidade populacional “nacional” ou temas relacionados à formação da “nação” brasileira. Nessa linha, Margareth Rago em seu trabalho *“Sexualidade e Identidade na Historiografia Brasileira”* destacou como apenas muito recentemente,

os brasileiros passaram a perceber a centralidade conferida à sexualidade no discurso dos intelectuais voltados para a interpretação científica da realidade e para a definição da identidade nacional ou, em outros termos, para a questão do enclausuramento do desejo na casa-grande-e-senzala. Recentemente, republicado numa bela edição, Retrato do Brasil recebeu várias páginas nos jornais e revistas da atualidade, sem contanto que se fizesse qualquer alusão à dimensão que irrompe vigorosamente do próprio texto: a sexualidade tropical, constitutiva da identidade nacional¹²⁴.

A historiadora construiu seu argumento mediante a análise da temática da sexualidade a partir dos consagrados produzidos na época como *“Retrato do Brasil”*,

¹²² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 80.

¹²³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1947, p. 80.

¹²⁴ RAGO, Margareth. *Sexualidade e Identidade na Historiografia Brasileira*. In: Dossiê Identidades Nacionais, N. 2 – outubro/novembro, 2006. Organização: Glaydson José da Silva, p. 8.

“*Ensaio sobre a Tristeza Brasileira*”, de Paulo Prado, publicado em 1928; “*Casa Grande e Senzala*”, de Gilberto Freyre; “*Evolução Política do Brasil*”, de Caio Prado, de 1933; “*Raízes do Brasil*”, de Sérgio Buarque de Holanda, de 1936.¹²⁵

Para Rago, tais obras são icônicas na problematização de certo modelo sexualidade produzido no imaginário social e coletivo da intelectualidade. Assim:

essas leituras históricas do passado formaram inúmeras gerações, moldaram a “consciência nacional”, tornando-se uma das principais referências acerca da identidade nacional, lentes através das quais os brasileiros/as passaram a se olhar e a reconhecer sua própria imagem¹²⁶.

Nos discursos produzidos sobre a “tristeza brasileira” de Paulo Prado; da “alegria brasileira multirracial” de Gilberto Freyre; e do “homem cordial” de Sergio Buarque de Holanda, a sexualidade se apresenta como um “incontornável” no projeto de construção da nação. Combinando e recombinao temas como a miscigenação entre raças, o racismo, o machismo, a tolerância, o cristianismo, o papel das mulheres e dos homens, do trabalho, da saúde e, ainda, do crime, a sexualidade brasileira encerrada no pensamento construído por esta intelectualidade também influenciou de forma pungente a delimitação do bem-jurídico penal chamado “costumes”.

Sob os “costumes” alavancados por tais imaginários sociais, o país pode ser pensado como “país mais sexy da terra”, o “país do carnaval”, da exuberância de “suas mulatas e do samba”, da “cordialidade da mistura de seus povos”, na mesma medida em que revestiram o novo Código Penal de 1940 com as mesmas ambiguidades de uma modernização que fez da sexualidade um lema na proteção da família e do Estado tão frágil quanto a proteção de suas vítimas.

Talvez nenhuma outra terminologia para a criminalização da violência sexual seja tão pertinente a seu tempo quanto a inquietante expressão “costumes”. Afinal, diante de uma sociedade que faz do fortalecimento das cantigas morais um instrumento de poder do Estado, a sexualidade convertida em tema científico, político, demográfico, criminológico, médico e jurídico-penal se perfaz no costume. O costume

¹²⁵ Sobre o tema: PRADO, Paulo. *Retrato do Brasil: Ensaio sobre a Tristeza Brasileira*. 2. ed. São Paulo, SP: IBRASA, 1981. FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 1936. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Schmidt Editor; HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1963. 228 p. (Biblioteca básica brasileira;10). PRADO JUNIOR, Caio Prado. *Evolução política do Brasil e outros estudos*. 8. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

¹²⁶ RAGO, Margareth. *Sexualidade e Identidade na Historiografia Brasileira*, 2006, p. 5.

social criado, incentivado e controlado, conforme Foucault, por uma rede de micropoderes disciplinares e biopolíticos interessados no “fazer viver”, no produzir a vida humana mais e melhor.

Os costumes como um bem jurídico-penal pode parecer confuso ou aberto demais, no entanto o que de fato eles significam ou protegem é fácil de ser percebido diante da violência contra a carne humana. É abrigada sob o poder penal a violência sexual contra o corpo selecionado como produtivo pelo Estado. É a moralidade pública de Manzini, Maggiore e Sabatini na Itália¹²⁷ ou os bons costumes de uma sociedade forte que repudia o diferente como sua condição de existência. O diferente passou ser abrigado pelo signo do crime, da doença, da perversão ou da degeneração, um perigo para a sociedade, pois sua existência é uma afronta aos valores e costumes sociais comuns a todo corpo populacional. O crime sexual ganha o sentido de atentado contra a força social que une e produz um corpo coletivo forte e estável, responsável por cuidar da vida humana.

1.3.2 O sistema de garantias jurídicas morais: o Código Penal de 1940.

O fortalecimento da soberania e do projeto “nacional” do Estado de Vargas pôde ser sentido na letra do Código Penal de 1940. Concebido como uma avançada legislação permeada pela influência das principais teorias jurídicas de sua época, o Código Penal de 1940 aparece como uma colagem de postulados clássicos do Direito Penal (como a teoria do livre-arbítrio como fundamento da responsabilidade penal e os princípios de garantia como a legalidade e culpabilidade) e os princípios da escola positivista (com a inclusão de diversas teorias deterministas para definir a imputabilidade e as medidas de segurança¹²⁸).

¹²⁷ MAGGIORE, Giussuppe. *Derecho Penal. Parte Especial*. Volumen IV (delitos em particular). Bogotá: ed. Themis, 1955. e SABATINI, Guglielmo. *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Speciale*, Volume II. Catania: Casa Del Livro, 1947.

¹²⁸ Sob a influência da doutrina italiana em PELISSERO, Marco. *Pericolosità Sociale e Doppio Binário*. Torino: Giappichelli Editore. A Medida de Segurança foi adotada pelo Código Penal de 1940 em um título próprio, assegurando-se o princípio da legalidade (art. 75), a garantia de sua aplicação *post delictum* (salvo disposto no parágrafo único do art. 76). A periculosidade pode ser presumida *juris et de jure* ou averiguada pelo juiz (junto ao parecer médico) e, por fim, imposta por tempo indeterminado ou até que cesse “o estado perigoso” do indivíduo a ela submetido, art 78 do Código Penal Brasileiro de 1940.

A criminalização da violência sexual é abrigada sob o Título VI: “*Dos Crimes contra os Costumes*”. Tal Título está dividido em cinco capítulos; 1. *Crimes contra liberdade sexual*; 2. *Sedução e Corrupção de Menores*; 3. *Rapto*; 4. *Lenocínio e Tráfico de Mulheres*; 5. *Ultraje Público ao Pudor*. Destaca-se que os crimes de adultério, bigamia e parto suposto, ainda permanecem criminalizados, todavia em um título diverso dos costumes, sob o abrigo “*Dos Crimes contra a Família*”.

Na nova sistemática abrigada pelo Código, os “costumes” integram parte da violência sexual sobre os corpos, enquanto outras formas de violência (sexual) são abrigadas sob a proteção da “Família”. Os costumes e a família figuram como o sistema de imputação da violência sexual aceita e normatizada pelo poder punitivo.

No Capítulo I, reconheceu o Código os “*Crimes contra a liberdade Sexual*”, como o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude e o atentado ao pudor mediante fraude.

A liberdade sexual, tema controverso entre a doutrina da época, representou um avanço da titularidade do bem jurídico protegido pela norma penal. A liberdade sexual é a coroação de um sistema penal que está assentado na disposição do consentimento. É ainda o vício do consentimento (interpretado como “liberdade”) que a norma penal estava organizada para punibilizar. Nas palavras de Fragoso, “a liberdade sexual deve ser entendida como a liberdade de disposição do próprio corpo em matéria sexual”¹²⁹. Todavia, uma liberdade prescrita no interior dos “costumes”, afinal não é qualquer liberdade sexual protegida, restando a intervenção penal apenas para as ofensivas ao costume social.

O primeiro desses crimes é o estupro, como a forma mais importante e temida de violência sexual prevista pela lei. Na definição do Código Penal de 1940, o estupro (art. 213) é “*Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos*”.

O estupro se torna com a legislação de 1940 o grande crime sexual responsável por condensar a mais gravosa e hedionda forma de violência sexual contra a mulher. A antiga “violência carnal” se transforma pela sua denominação de estupro, de atentado

¹²⁹ FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. 2º Volume. Parte Especial. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1958.

contra a carne, em crime contra o costume. É sempre realizado contra a mulher por um homem (é possível admitir a mulher como partícipe do crime). E há a necessidade para configurar a conjunção carnal, a penetração do pênis na vagina da mulher (ainda que parcialmente), não se faz necessário para a consumação do crime a ejaculação do homem. A tentativa de realização do crime é possível.

Todavia, qualquer outra agressão sexual ao corpo da mulher que não a penetração do pênis em sua vagina (a conjunção carnal) era abrangida no crime de “*atentado violento ao pudor*”, uma tipificação necessária para especificar quais são os tipos sexuais diversos da conjunção carnal que mereceriam o abrigo pelo Código Penal. Na definição do art. 214, “*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão de dois a sete anos*”.

As novidades do Código não param por aí. Qualquer mulher virgem ou não, independente de sua condição social – podendo ser honesta ou prostituta –, pode ser vítima do crime. Todavia, a conjunção carnal deve ser obtida mediante violência ou grave ameaça que seriam a condição (a ser provada) do seu vício de consentimento. Afirma Fragoso, que se “exige o franco, positivo e militante dissenso da vítima”, ou seja, ela precisa deixar claro seu não consentimento e imposição de uma violência física ou psíquica, para a lei protegê-la do estupro. De uma forma incerta e imprecisa, o Código de 40 impõe a responsabilidade pelo consentimento ou não à mulher, destacando (ainda que discretamente) as fórmulas antigas de que se não gritar, se não lutar ou se não resistir de qualquer modo, a vítima consentiu. O que não raro encontrávamos nas queixas e nas denúncias desses crimes um pré-julgamento moral, que a vítima deveria provar sua resistência além da obviedade de sua violência.

O estupro também provoca discordância quanto à possibilidade ou não de haver concurso de crimes com outros delitos. Parte de nossa doutrina entende que havia a possibilidade de concurso entre o estupro e o atentado violento ao pudor (pois a lesão seria diferente verificando dois dolos distintos). Fragoso, entre outros, entende que entre as duas figuras haveria apenas uma continuidade delitiva, pois tratam de um mesmo bem jurídico violado configurando um crime progressivo. Entretanto, admite-se

o concurso do crime de estupro com o crime de “*perigo de contágio venéreo*” (art. 130) e o “*ultraje público ao pudor*” (art 233).

O “*atentado violento ao pudor*” configura um dos mais interessantes tipos penais sobre o sexo, e uma novidade. É o tipo penal construído para dar conta de outros modelos de violência sexual delimitados pela expressão “costumes”. Podemos até afirmar que o crime que melhor exhibe os pré-conceitos e idiosincrasias da sociedade dos “costumes” é o atentado violento ao pudor.

Sob o abrigo dessa figura delitiva, a criminalização do sexo atinge as formas consideradas inadequadas, perversas e inadmissíveis pelo “costume” social preservado. Tendo como sujeitos passivos mulheres e homens, não se trata do reconhecimento da violência sexual contra ambos os sexos, mas a efetiva criminalização das formas “degeneradas” ou não naturais de sexo. O sexo anal, oral, a violência física com conotação sexual (a exemplo da imposição de objetos simulando acóito sexual) são abrigados nessa por essa figura delitiva. E, ainda, um espaço temido da criminalização das relações homossexuais, quando afirma o “praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

Houve o reconhecimento de nosso Código da permanência do antigo crime de sodomia revestido da fórmula do “*atentado violento ao pudor*”. Os aportes da lei penal estavam em conformidade com as condições de poder existentes em uma sociedade que pretende valorizar os costumes para produzir melhor sua força social. Em um mundo de valorização dos conjuntos populacionais, qualquer forma de violência sexual que atente contra a produção de um corpo saudável e produtivo para o Estado e para a economia é considerada inadequada e criminosa. O delito de atentado violento ao pudor foi a resposta do Estado a esse corpo. Separado da violência hedionda do estupro, abre-se um espaço para criminalizar qualquer outro ato sexual considerado inadequado a uma ordem de poder. Eis a definição de Fragoso “para que se possa haver o crime em exame é necessário que o ato libidinoso envolva contato corporal. O beijo lascivo é ato libidinoso”¹³⁰.

Faz parte ainda do arsenal de condutas sexuais consideradas impróprias aos costumes, o crime de “*Posse sexual mediante fraude*” (art. 215): “*Ter conjunção carnal*

¹³⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2001, p. 346.

com mulher honesta, mediante fraude”, em que há a permanência de uma especial proteção punitiva à mulher honesta enganada. A relação sexual é bem descrita em termos da legislação dos “costumes”: é uma posse (sexual) da carne feminina, uma posse dada por engano de sua moral ilibada. Pois, a cada mulher honesta desvirtuada, perde o Estado a chance de produzir boas mães e bons filhos para sua população forte e produtiva. A degeneração dos costumes era constantemente apontada como a decadência da população e do Estado, daí a importância em criar estratégias de cuidado à honra e à integridade das mulheres honestas, do casamento e das crianças.

Havia o delito de *“Atentado ao pudor mediante fraude”* (art. 216): *“Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”*. Há o agravamento da conduta de “posse sexual”, afinal o desvirtuamento aqui é pleno, não sendo autorizada pelos costumes qualquer forma de relação sexual para além da conjunção carnal, destacando que apenas a mulher honesta (e inexperiente sobre os assuntos do sexo) que se torna a vítima. Nenhum homem ou mulher (desonesta) pode pretender ser vítima do delito dada as suas “experiências sexuais” presumidas ou não pela lei.

O Título seguinte versa sobre a criminalização da Sedução e da Corrupção de menores. O crime de sedução prevista no art. 217: *“Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”*, figura correlatamente os anseios da proteção oferecida pelos costumes. A virgindade de mulheres (entre 14 e 18 anos) é reiterada como um bem, no qual “costumes” sociais devem continuar investindo evitando o perigo da “sexualidade” feminina para a ordem de poder patriarcal e machista, entendida ainda como “proprietária” do corpo imaculado da mulher.

A *“Corrupção de Menores”* prevista no art. 228 destaca a criminalização de atos sexuais destinados contra crianças. São elas, os novos sujeitos dos crimes sexuais condenados veemente por um Estado provedor da vida humana. De fato, há um aumento expressivo das políticas públicas para menores e, nesse sentido, o Direito Penal não ficou de fora. Na forma do art. 218, *“Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 anos e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a presenciá-lo”*, a corrupção de menores é o delito que

antecede a hoje temível “pedofilia”. Isso não significa que não houvesse violências sexuais contra crianças e adolescentes, mas é fundamental o reconhecimento pelo Estado de tal situação e a criminalização dessas condutas, quando os corpos delas passaram a representar algo (produtivo) à dinâmica de poder moderna.

As crianças e os adolescentes aparecem como sujeitos do Direito Penal interessado em regular e controlar o sexo, justamente porque a exploração do sexo infantil é tudo o que esse Estado interessado em “fazer viver” espera combater. Isso não significou um combate massivo da repressão do Estado à corrupção de menores, mas o desvelamento de uma questão que se tornará cada vez mais ameaçadora no imaginário social das famílias brasileiras. A ameaça do monstro sexual motivado por criancinhas e o perigo desse predador.

Segue ainda a permanência da criminalização do rapto, agora refinado em diversas categorias punitivas como: art. 219: *“O rapto violento ou fraudulento, para fim libidinoso”*; o art. 220: *“O rapto consensual para fim libidinoso”*; e o art. 221: *“O rapto para fim de casamento”*.

O capítulo V que destaca a importância do crime de *“Lenocínio e do Tráfico de mulheres”*, como a *“Mediação para servir a lascívia de outrem”* (art 227) *“Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”*; *“Favorecimento da Prostituição”* (art. 228) *“Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone”*; *“Casa de Prostituição”* (Art 229) *“Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”* ; *“Rufianismo”* (art. 230) *“Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”*; e a novidade *“Tráfico de Mulheres para a prostituição (Art 231) “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro”*.

Em um Estado preocupado com os “costumes” e seu impacto na ordem de poder político, as práticas em torno da mal afamada prostituição ganha um lugar de destaque entre os crimes sexuais. Um Estado defensor dos costumes combate e criminaliza as práticas em torno da prostituição cujo objetivo é “evitar o contato da boa

população com seu lado mais sombrio” (ou talvez mais incontrolável). A exploração da prostituição se constrói no Código Penal como uma violação expressa dos costumes, com pouca atenção à exploração da carne prostituída. Havia pouco interesse nas “mulheres e homens públicos” que faziam de sua carne dilacerada a fonte de sua parca renda. Às margens da sociedade e carregando corpos sem valor para o Estado, a criminalização da prostituição e sua repressão por meio dos aparelhos policiais convivem com a própria leniência desse Estado, que identifica no sexo uma rentabilidade incômoda, porém conveniente.

E a figura do Tráfico de Mulheres que ganha desde o início do século a assinalização da força combativa do Estado. Ainda que, de modo geral, apenas na letra da lei. A inclusão do tipo penal do “tráfico de mulheres” para o exercício da prostituição deixa a cor (pois agora qualquer mulher pode ser sujeito do crime), mas ainda esbarra na classe econômica e social. Embora grave e desumano, o tráfico de mulheres era (e ainda é) visto como uma forma de sustento e proveito de corpos femininos sem nada a oferecer senão a expropriação de seu sexo.

Restam, ainda, os delitos do Título VI “Do Ultraje Público ao Pudor”, como o “Ato Obsceno” (art. 233), *“Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, de um conto a três contos de réis”*; e o crime de “Escrito ou Objeto Obsceno” (art. 234) que versa sobre *“Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, de dois contos a cinco contos de réis. Parágrafo unico. Incorre na mesma pena quem: I - vende, distribue ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter; III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno”*.

Esses são crimes cuja intenção e razão da criminalização só fazem sentido diante desse poder de controle do “viver” populacional pelo Estado, mas com hora e lugar para ser suspenso: afinal, no Carnaval (de rua ou de clubes) a tolerância do

Estado é grande, mas sua repressão é forte àqueles considerados impróprios à política dos costumes. Como uma espécie de grande censura criminal, tais delitos figuram como um excelente instrumento de culpabilização de qualquer corpo, ideia, ato, escrito, objeto, representação teatral, exibição cinematográfica ou espetáculo, considerados impróprios ao poder.

Os crimes contra a família crescem em quantidade e em qualidade no Código de 40, ganham um Título Próprio, e permanecem criminalizados o adultério (um crime contra o Estado), a poligamia (bigamia) e a simulação de casamento. Ainda há a inclusão dos Crimes contra o Estado de Filiação (registro de nascimento inexistente, parto suposto e sonegação do Estado de filiação), os Crimes contra a Assistência Familiar (Abandono Material, Abandono Intelectual e a Entrega de filho menor a pessoa inidônea) e os Crimes contra o Pátrio Poder, Tutela e Curatela (Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes).

A própria tipologia penal desenhada pelo Código demonstra o firme propósito do nosso legislador em expandir o poder penal às esferas da vida humanas antes não criminalizáveis. Eis o aparecimento de novas demandas de criminalização e novos sujeitos culpáveis concatenados com a forte política punitiva do Estado, destacadas pelas disposições gerais do Código Penal.

Havia a previsão de formas qualificadas para os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor quando do resultado sobrevierem lesões corporais graves ou a morte. A presunção de violência, quando a vítima, segundo a lei, não pode consentir: a) se não é maior de quatorze anos; b) se é alienada ou débil mental (e o agente conhecia esta circunstância); c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Permanece no Código Penal o artigo que corresponde à ação penal privada nos crimes contra os costumes, procedentes mediante a queixa da vítima. Em referência à já citada questão levantada por tal determinação legal, fica o registro que nesse ponto preferiu-se seguir a regra antiga (ainda que parte da doutrina já argumentasse em sentido contrário). Na defesa dos costumes, a mulher era a queixosa de sua violência que se perfazia diante dos olhos do Estado “provedor” e “cuidador”. A ação pública era um quesito apenas para as vítimas e os pais que não podem prover as despesas de um processo (ou de um dote), ou quando os abusadores são os próprios responsáveis.

Ainda, um aumento de pena caso o crime tenha sido cometido em concurso com mais agentes, se o autor é um “responsável” pela vítima ou, derradeiramente, se o autor é casado.

Nesse sentido, experimentamos um Direito Penal marcado pela estrita legalidade, pela legitimidade de sua ação no corpo social, porém indiferente às vicissitudes dos discursos dos seus sujeitos culpáveis, dos seus rostos, enfim, do seu corpo. O atentado sexual contra o corpo sexual não é um crime contra a pessoa, mas sim contra a moral. Os sujeitos desses crimes aparecem como meros fantasmas desprovidos de carne, de desejos ou de sofrimentos. Para o autor dos crimes, não raro a culpabilização como o monstro, o doente, o inimigo social, sempre representado pelo “estranho”. Para a vítima, o peso de ser vítima e culpada por se permitir ou por não lutar contra o desvio da honra maculada em seu corpo, que não pertence somente a ela, mas a toda uma estrutura social, política e econômica.

A vigência do Código Penal de 1940 encontrou um hiato com sua substituição de 1969 pelo Decreto-lei nº 1.004. Tal Decreto-Lei foi produto da substituição da ordem política brasileira por um regime ditatorial militar iniciado em abril de 1964, cuja letra se inicia: *“Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, decretam (...)”*. Sob o véu de uma ditadura e de um modelo de “exceção” jurídica e política que promoveu intensos danos sociais, culturais e humanos, o Decreto-Lei pouco altera os “crimes contra os costumes”, reordenando o discurso de nomeação do crime de estupro como *“Dos crimes contra a disponibilidade sexual”*, mantendo, em regra, os delitos já abarcados pelo Código Penal de 1940. Esse hiato é expressão do modelo não democrático que reafirmou o discurso dos costumes, agora incorporados a uma versão militarizada do discurso penal. Esse Decreto-Lei foi revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, abrindo espaço para as discussões jurídicas que resultam na reforma legislativa de 1984, com a “volta” do Código Penal de 1940.

CAPÍTULO II

Um olhar para o corpo e a sexualidade: O Discurso da Criminalização do Sexo

*Dentre seus emblemas, nossa sociedade carrega o do sexo que fala*¹³¹.

2.1 Um erro de “superposição”: mais além do sexo

2.1.1. Corpo, sexualidade e biopolítica:

A sexualidade emerge na ordem dos saberes e dos poderes como uma temática bastante escorregadia, pois se encontra repleta de várias atribuições de sentidos e de significados associados a comportamentos, condutas, interdições ou práticas sexuais. Ou ainda, como um objeto capturado pelo discurso médico-científico e jurídico. O próprio aparecimento do termo “sexualidade” é motivo de inúmeras controvérsias, não tendo sido anunciado, segundo Michel Foucault, antes do século XIX¹³².

Isso não significa que a sexualidade como tema não tenha sido colocado ao mundo de diferentes formas. A sexualidade ou as “práticas sexuais” são discursos recorrentes na filosofia clássica grega e latina e ainda motivo de várias prescrições religiosas fomentadas ao longo de séculos. Todavia, segundo Foucault, o “uso da palavra” sexualidade (de reconhecida importância nos dias atuais) não deve ser subestimado ou superinterpretado¹³³, mas recebido como uma “experiência” em que os indivíduos são conduzidos a se reconhecer como *sujeitos a* estratégias de conduta, de regras e de coerções sobre a sexualidade. Nesse conjunto de regras e de sujeições atuantes sobre os indivíduos, a sexualidade e o corpo são parte de uma estratégia de construção de certa noção de sujeito: o sujeito da sexualidade.

¹³¹ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: A Vontade de Poder*. Tomo I. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 75.

¹³² FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 13ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2009, p. 09.

¹³³ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 10.

É sobre o sujeito, ou melhor, sobre as formas que levam à delimitação do sujeito em sua própria individualidade que Foucault problematizou. Daí os significados elencados por Foucault sobre a palavra *sujeito*: “sujeito a alguém pelo controle e dependência, e preso à sua própria identidade por uma consciência ou autoconhecimento”¹³⁴.

Essa compreensão do sujeito é possível porque está relacionada a determinadas formas de poder que circulam na vida social. Para Foucault, a construção de certa noção de sujeito não pode ser facilmente separada do tema do poder. Afinal, os sujeitos humanos encontram-se, de uma forma ou de outra, envolvidos em relações de produção, de significação ou de governo¹³⁵. Foucault irá preocupar-se com a forma de poder responsável por *subjugar* ou por *tornar sujeito a*. Formas de poder sem rosto, sem centro e heterogêneo, que não se exercem em razão da violência contra os corpos ou em razão da ordem do consentimento, mas integram diferentes racionalidades, formando um conjunto de “ações sobre as ações possíveis”¹³⁶ para atuar diante das imensas possibilidades da vida humana.

Entre o corpo e a sexualidade aparece, segundo Foucault, um campo fértil para as vicissitudes dos discursos de saber, dos regimes de verdade e das economias de poder. Sobre a sexualidade seria possível perceber os jogos de verdade, as formas de uma história que não tem a pretensão de narrar linearmente as relações dos indivíduos com seu sexo, mas as correlações possíveis em que os indivíduos são chamados a se reconhecer como sujeitos sexuais.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. Por que estudar o poder: a questão do sujeito. In: DREYFUS, H. e RABINOW, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 235.

¹³⁵ Segundo Foucault, “Três domínios da genealogia são possíveis. Primeiro, uma ontologia histórica de nós mesmos em relação à verdade através da qual nos constituímos como sujeitos do saber; segundo, uma ontologia histórica de nós mesmos em relação ao campo de poder através do qual nos constituímos como sujeitos de ação sobre os outros; terceiro, uma ontologia histórica em relação à ética através da qual nos constituímos como agentes morais”. FOUCAULT, Michel. *Por que estudar o poder: a questão do sujeito*, 1995, p. 243.

¹³⁶ DREYFUS, Hubert e RABINOW, Paul. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 262.

Dessa forma, Foucault, em sua *arqueo-genealogia*¹³⁷, entrelaça a construção dos discursos sobre o sujeito e a sexualidade. Esses discursos encontram-se relacionados na sociedade moderna, levando essas trajetórias discursivas a se tornarem um tema privilegiado nas estratégias de poder e de controle que circulam no mundo social. Ao olhar para os discursos “pequenos, fragmentários e marginais” produzidos sobre a sexualidade na modernidade, Foucault desenha a tese de que a repressão ao discurso do sexo esconderia uma verdadeira incitação ao discurso do sexual¹³⁸. Apesar da existência de todo um discurso repressor “moral” da sexualidade e das práticas sexuais, nunca se falou tanto no sexual quanto na sociedade moderna, em que foi elaborado todo um conjunto de dispositivos para incentivar e para “fazer falar” sobre a sexualidade. Ou seja, a existência de um sistema moral e social organizado em torno da vida sexual dos humanos. O discurso da repressão é parte de um complexo sistema de produção de saberes e de verdades sobre o sexo e, por fim, sobre os sujeitos.

O discurso da repressão do sexual esbarra em seu limite: a sexualidade não está separada da corporalidade do sujeito humano e, portanto, não pode ser um tema fragmentado da vida humana, mas acabou por ser orquestrada pelos discursos morais e dos bons costumes. Para Foucault, com o discurso do sexo conhecido e revelado mediante estratégias como a “confissão”, o sexo se torna a própria condição da

¹³⁷ Completa Machado: “Digamos que a arqueologia, procurando estabelecer a constituição dos saberes privilegiando as inter-relações discursivas e sua articulação com as instituições, respondia a *como* os saberes apareciam e se transformavam. Podemos então dizer que a análise que em seguida é proposta tem como ponto de partida a questão do *porquê*. Seu objetivo não é principalmente descrever as compatibilidades e incompatibilidades entre os saberes a partir da configuração de suas positivities; o que pretende é, em última análise, explicar o aparecimento de saberes a partir de condições de possibilidade externas aos próprios saberes, ou melhor, que imanentes a eles – pois não se trata de considerá-los como efeito ou resultante - os situam como elementos de um dispositivo de natureza essencialmente estratégica. É essa análise do porquê dos saberes, que pretende explicar sua existência e suas transformações situando-o como peça de relações de poder ou incluindo-o em um dispositivo político, que em uma terminologia nietzscheana Foucault chamará genealogia. Parece-me, em suma, que a mutação assinalada por livros como *Vigiar e Punir*, de 1975, e *A Vontade de Saber*, de 1976, primeiro volume de *A História da Sexualidade*, foi a introdução nas análises históricas da questão do poder como instrumento de análise capaz de explicar a produção dos saberes”. MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 17ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p, X.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: A Vontade de Saber*. Tomo 1. 14ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 61.

constituição da “verdade” dos sujeitos. É a sexualidade que possibilita a formação de um “eu” individualizado portador de sua própria história subjetiva.

Todavia, se o discurso sobre o sexo é capaz de revelar a subjetividade, ele também torna a esfera do subjetivo passível de controle, de poder. Assim, o desvelar do discurso da “repressão” moral sexual possibilita a organização de saberes sobre subjetividade construídos sobre a individualização “examinada e patologizada” do corpo e, ainda, por meio de uma questão médico-social, de saúde pública, de gestão de governo¹³⁹ - um discurso organizado sobre a classificação do sexo, suas patologias, sua epidemiologia e sua higienização. O sujeito da sexualidade aparece como um novo alvo de poderes “normalizadores” interessados especialmente no corpo e na vida humana.

Tal ordem de pertencimento do corpo lança luz sobre mecanismos de poder interessados na sua invisibilidade, desembaraçados dos temas de soberania e

¹³⁹ Nesse sentido, destaca Foucault: “a sexualidade de força a ser reprimida passa a força a ser utilizada em uma correlação de forças que tem no corpo humano seu alvo e seu destino. Sobre o sexual, o corpo ganha mais uma função produtiva que marcou decisivamente a tomada política do corpo, não sobre o discurso jurídico da guerra, mas sobre o adestramento da política como uma experiência de governo. Sobre esse micropoderes, argumenta Foucault: O poder não é algo adquirível, compartilhado ou guardado, pois ele se exerce mediante diversos pontos e relações desiguais e móveis; As relações de poder se encontram atreladas as demais relações econômicas, de conhecimento e sexuais, não como uma figura superestrutural, mas um papel de produtor das mesmas¹³⁹; O poder vem de baixo e não de uma ordem de poder superior inserida em um binômio entre dominantes e dominados. O poder se experimenta na correlação de forças múltiplas e não mediante a dominação de um grupo pelo outro. Assim, “as grandes dominações são efeitos hegemônicos continuamente sustentados pela intensidade de todos estes afrontamentos”; As relações de poder são intencionais e não subjetivas, o que significa que esse poder não tem um rosto que o delimita, mas um conjunto de estratégias, de objetivos pautados em uma racionalidade que desencadeia um conjunto de estratégias quase anônimas coordenadas; Onde há poder há resistência, e tal resistência não se encontra em uma exterioridade do poder, mas naquilo mesmo que o apreende. As resistências, segundo Foucault, estão tão atreladas aos mecanismos de poder quanto sua anunciação. Elas existem justamente na multiplicidade das estratégias do poder, em sua circularidade, em sua onipresença. Resistências sempre pensadas no plural, pois estão dispersas na positividade de um poder sem centro. Eis que as resistências não podem ser equiparadas a um processo revolucionário, único e delimitado, pois tal como os poderes difusos, elas também são móveis e transitórias. Não há uma ruptura na resistência, mas sua mitigação, sua forçosa mudança de estratégia que promove a pulverização do poder. Assim, é como uma correlação de forças provisórias, parciais, circulantes e descentradas que as relações entre poder e sexo irão se desdobrar na modernidade, produzindo dois modelos distintos de abordagem do sexo: um *modelo jurídico de guerra* solidificado na figura do soberano (rei, pai, confessor, médico) que dita à lei do desejo, que modela o sexo mediante sua censura e castigo. Todavia, para além deste modelo há, nas dobras de um poder de soberania, um *modelo estratégico* orquestrado fora dos interditos, assumindo uma forma de criação e de valorização do sexo mais eficiente para o aproveitamento do corpo. Um modelo estratégico que não se centrará em uma guerra contra o sexo, mas na articulação política de seu governo”. FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade*. Tomo I, p 95-97.

legalidade, que transitam por meio de conteúdos restritivos e interditivos do sexo. Para Foucault, a modernidade não rege o sexo apenas sob o tema da lei, mas, sobretudo, pela “presença” de uma tecnologia do sexo muito mais produtiva, positiva e complexa, cujos efeitos transcendem a mera proibição¹⁴⁰. Nessa linha, destaca Gilles Deleuze, a definição “foucaultiana” de poder que se afasta das formas clássicas centralizadas na noção de Estado ou esgotadas em uma fórmula de violência. Foucault estaria “más cerca de Nietzsche (y también de Marx), para quien la relación de fuerzas excede singularmente la violencia y no puede se definirse por ella”.¹⁴¹ Esse poder se inscreveria como uma relação de forças que constituem conjuntos de ações possíveis como incitar, induzir, desviar, facilitar, ampliar, reduzir, domesticar, utilizar, tratar, corrigir, governar.

Sem esgotar a relação de poder em um primado de violência puro e simples, Foucault irá descrever a relação entre poder e sexo de outra forma: mediante um poder não mais interessado em legislar, mas em “normalizar”. Assim:

Trata-se portanto de, ao mesmo tempo, assumir outra teoria do poder, formar outra chave de interpretação histórica; e, examinando de perto todo material histórico, avançar pouco a pouco em direção a outra concepção de poder. Pensar, ao mesmo tempo, o sexo sem a lei e o poder sem o rei.¹⁴²

Segundo Foucault, as tecnologias modernas de poder irão atuar sobre o corpo humano por meio de “um fazer viver” em contraposição a um modelo de “deixar morrer”, típico de um regime geral de poder de soberania cuja definição versa sobre um “poder negativo sobre a vida”, limitativo, restritivo e expropriador do corpo (vigente até os séculos XVII e XVIII)¹⁴³. O poder de “fazer viver” referido por Foucault, por outro lado, se manifesta segundo duas formas principais: a disciplina e a biopolítica. A disciplina, por ele analisada, tema geral do livro “*Vigiar e Punir*”, é aquela do século XVII baseada no adestramento, docialização e utilização do corpo por meio da otimização de suas forças no interior de instituições totais (escola, fábricas e hospitais)

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade*. Tomo I, 2001, p. 87.

¹⁴¹ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Buenos Aires: Paidós, 2005, p. 99.

¹⁴² FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade*. Tomo I, 2001, p. 87.

¹⁴³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 1996, p. 171.

como um sujeito de uma *anátomo-política*. Já a biopolítica foi desenhada a partir do século XVIII modulando as estratégias de poder em torno da gestão da vida humana sobre a população como um corpo-espécie. Assim, se a disciplina é dirigida ao corpo individualizando-o; a biopolítica se dirige ao homem-espécie massificando, totalizando.

A disciplina é composta por estratégias de domesticação e utilização dos corpos humanos por meio de uma composição de forças “individualizantes” orquestradas para o trabalho e o “princípio de rendimento econômico”. Os “recursos para um bom adestramento”, segundo Foucault, são organizados mediante a distribuição do espaço e controle do tempo, cercando o corpo em um modelo de panoptismo social em que a vigilância e o exame possibilitam transformar o corpo individualizado em um princípio de saber aberto às vicissitudes das relações de poder¹⁴⁴.

A expressão biopolítica aparece pela primeira vez nos escritos de Foucault na conferência de 1974, intitulada “*O Nascimento da Medicina Social*”¹⁴⁵, em que o autor relaciona, segundo Pál Pelbart, que “o capitalismo não teria acarretado, como se pode pensar, uma privatização da medicina, mas o contrário, uma socialização do corpo”¹⁴⁶. Destaca Foucault:

¹⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 1996.

¹⁴⁵ A primeira menção ao termo “bio-política” foi realizada por Foucault em uma conferência realizada em 1974 na cidade do Rio de Janeiro. Em 1976, a expressão foi utilizada no último capítulo da obra “*História da Sexualidade*”: *A Vontade de Poder*, em o “Direito de morte e poder sobre a vida”, em um contexto ampliado em que o “bio-poder” aparece como uma estratégia distinta da disciplina no controle de um corpo-populacional. No livro “*Em defesa da sociedade*”, o tema da biopolítica novamente é retomado ganhando destaque na discussão sobre a “governamentalidade” dos estados modernos e na temática do racismo. A biopolítica é definida por Foucault nas páginas iniciais do curso *Sécurité, territoire, population* de 1977-1978, como um conjunto de mecanismos por meio dos quais a espécie humana, constituída por seus riscos biológicos fundamentais, poderá ser parte de uma estratégia política, uma estratégia de poder, ou seja, como a partir do século XVIII, as sociedades ocidentais tomaram em conta o fato biológico fundamental de que o homem constitui a espécie humana. E em o “*O Nascimento da Biopolítica*”, o termo biopolítica é relacionado com o desenvolvimento do neoliberalismo e suas implicações perante a convergência do homem em capital humano. FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade. A Vontade de Saber*. Tomo I. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Alburquerque. 14ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2001; *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France* (1977-1978). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004; *O Nascimento da Biopolítica*. (1978-1979) Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁴⁶ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Editora Iluminuras, 2003, p. 55.

Minha hipótese é que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política.¹⁴⁷

A biopolítica passou por diferentes significados ao longo da obra de Foucault, mas é importante ressaltar que Foucault irá compreendê-la, segundo Pál Pelbart, no limite da relação entre vida e história. No limite entre o biológico e o político, quando fenômenos como as epidemias e a fome deixaram as explicações centradas no “pensamento mágico” e puderam ser controladas por uma tecnologia, o tema da vida se abriu como um objeto de poder, como um espaço de controle. Desse modo, a afirmação “o poder já não se exerce sobre os sujeitos de direito, cujo limite é a morte, mas sobre seres vivos, de cuja vida ele deve encarregar-se”¹⁴⁸ carrega a emergência da vida (biologia e espécie) como o tema da história problematizada mediante inúmeros instrumentos de poder e da saber oriundos de seu aproveitamento e controle¹⁴⁹.

Segundo Foucault, na metade do século XVIII, a biopolítica se desenha em torno de um “corpo-espécie” voltando seus dispositivos de poder para os sistemas de manutenção da vida biológica. Com isso, há o delineamento de novas estratégias de poder em que o capital econômico (e governamental) passa a se interessar por processos biológicos de manutenção da vida, organizando uma nova forma de governo, uma arte de governar, que deixa de entender o governo como um fim si mesmo para visar à população¹⁵⁰. Tal “população”, para Foucault:

¹⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado, 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 80.

¹⁴⁸ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003 p. 58.

¹⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*: curso en el College de France: 1977-1978. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 2006, p. 84.

¹⁵⁰ Nas palavras de Foucault: “este bio-poder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos. Mas, capitalismo exigiu mais que isso; foi-lhe necessário o crescimento tanto de seu reforço

A população aparece, portanto, mais como um fim e instrumento de governo que como força do soberano; a população aparece como sujeito de necessidades, de aspirações, mas também como um objeto nas mãos do governo; como consciente, frente ao governo, daquilo que ela quer e inconsciente em relação àquilo que ele a faça. O interesse individual – como consciência de cada indivíduo constituinte da população – e o interesse geral – como interesse da população, quaisquer que sejam os interesses e as aspirações individuais daqueles que a compõem. Nascimento, portanto de uma arte ou, em todo caso, de táticas e técnicas totalmente novas¹⁵¹.

Michael Hardt e Antonio Negri definem, em sua obra *“Império”*, o biopoder como “uma forma de poder que regula a vida social por dentro, acompanhando-a, interpretando-a, absorvendo-a e a rearticulando”¹⁵², de modo que o poder (biopoder) apenas se tornaria efetivo à medida que fosse sendo exercido de forma integral sobre a vida da população. A natureza biopolítica do poder só seria possível quando integrasse de forma total as múltiplas e variáveis que incidem sobre a vida humana como um fenômeno total, quando os indivíduos “abraçam e reativam por sua própria vontade”¹⁵³. Nessa linha, a biopolítica se exerce de forma cada vez mais fluida, englobando os corpos em sua multiplicidade populacional.

Assim, as diferenças entre a disciplina e a biopolítica podem ser traçadas:

1. Pelo aparecimento de uma nova personagem, um corpo múltiplo e numerável: a população como um problema político, científico e (principalmente) biológico.
2. Pela organização de um conjunto de fenômenos econômicos e políticos “aleatórios e imprevisíveis” somente perceptíveis entre as massas.
3. Pelo desenvolvimento de mecanismos de previsões, de estimativas estatísticas, visando à apreensão desses fenômenos no que eles têm de global, e não individual¹⁵⁴.

Sob a biopolítica, toda uma estratégia de gestão e de controle das populações humanas se torna alvo de um poder interessado no rendimento e no fortalecimento da

quanto de sua utilidade e docilidade; foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isso torná-las mais difíceis de sujeitar; (...). FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade. Vontade de Saber*, Tomo I, 2001, p. 132.

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, 1979, p. 289.

¹⁵² HARDT Michael, & NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Berilo Vargas. 7ª. Edição. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 42.

¹⁵³ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003 p. 43.

¹⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, 1979, p. 292.

vida humana como um processo produtivo. A vida da população passa a ser controlada pela organização de diversos saberes como a demografia, a bioestatística, a medicina social e diversos direitos que extrapolam as definições clássicas do sujeito de direito (civil) para atingir a vida como um fenômeno jurídico social (como os direitos trabalhistas, previdenciários, coletivos)¹⁵⁵. Neste aporte, as demandas da população, pouco a pouco, se tornam um objeto a ser medido, calculado e previsto por uma gestão de risco e de custo-benefício.

Destacam Selvino Assmann; Santiago Pich; Ivan Gomes e Alexandre Vaz em suas discussões sobre a biopolítica como uma estratégia de poder que tem na vida do ser humano seu “cerne” atingindo até a clássica figura do soberano – Estado, substituindo o princípio soberano de “fazer morrer e deixar viver” pela noção de “fazer viver e deixar morrer”. Por sua ancoragem na noção de população e de saberes por ela organizados, o “poder sobre a vida se instala por meio da instituição de dispositivos de caráter sexual, pedagógico, clínico e penal, permitindo a capilarização das possibilidades de intervenção do Estado sobre a vida da população”¹⁵⁶.

O tema da vida ganhou, sob o impacto da biopolítica, uma centralidade que impactou a própria razão de Estado atribuindo, para além da soberania, uma função de “governo dos homens e das coisas”. A vida se tornaria tema de governo em que o Estado se converte em agente de sua manutenção ou exclusão. Manter a vida, provê-la e cuidá-la são tão (ou ainda mais) importantes quanto a ordem clássica de poder (violência) soberana.

De fato, Foucault não se preocupou em problematizar temas relacionados aos modelos clássicos de soberania estatal, mas em destacar a construção de uma razão política mediante a manutenção e exploração da vida humana. Assim, os pequenos racionalismos e tecnologias de poder que atuam sobre a loucura, doença, sexualidade ou a criminalidade são fundamentais para pensar no Estado moderno mediante sua atuação diante dos indivíduos, “destinados a dirigi-los de modo contínuo e

¹⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*: curso en el College de France: 1977-1978. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 84.

¹⁵⁶ ASSMANN, Selvino; PICH, Santiago; GOMES, Ivan Marcelo; VAZ, Alexandre Fernandez. *Corpo e Biopolítica: poder sobre a vida e poder da vida*. Acesso em 01 de março de 2012.

permanente”¹⁵⁷. Assim, segundo Foucault, o tema do Estado sob a biopolítica estaria mais para um modelo “pastoral” do que a forma clássica de soberania¹⁵⁸, pois “se o Estado é a forma política de um poder centralizado e centralizador, denominaremos “pastorado” (*pastorat*) o poder individualizador”¹⁵⁹.

O governo não mais se referiria a um território ou a uma estrutura política, e não seria exercido somente a partir de uma relação exterior, assimétrica e descendente em relação aos súditos¹⁶⁰. O poder do príncipe não mais transcenderia o governo, mas estaria encerrado nele, nas questões diárias, nas demandas da população, nas práticas regulamentadoras¹⁶¹. Uma espécie de “governamentalidade” que, segundo Foucault, apareceria diante da centralização do debate político no interior da economia e do surgimento da população como um sujeito político, quando a ideia de governo não está mais vinculada a um território, mas ao “governo dos homens e das coisas”¹⁶².

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Omnes et Singulatim: Para uma Crítica da Razão Política*, 2011, p. 21.

¹⁵⁸ Segundo Fonseca, “é no interior dessas análises que o poder pode ser situado o estudo realizado por Foucault acerca do poder pastoral – entendido pelo filósofo como o modelo arcaico das governamentalidades políticas – bem como seu estudo sobre as “artes de governar” consistentes na razão de Estado (dos séculos XVI e XVII), no liberalismo (do século XVIII) e nos neoliberalismos contemporâneos”. FONSECA, Marcio. Entre a vida governada e o governo de si. In: *Cartografias de Foucault*, 2008, p. 242.

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Omnes et Singulatim: Para uma Crítica da Razão Política*, 2011, p. 21.

¹⁶⁰ Foucault, segundo Fonseca, “em cursos como *Sécurité, territoire, population*, a temática do governo é afastada da razão do pensamento político clássico e das questões de soberania para destacar o aparecimento, através da literatura anti-Maquiavel, de certa “arte de governar” ou uma “governamentalidade” pautada na regulação e no controle da população”. FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 217-218.

¹⁶¹ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, 2002, p. 218.

¹⁶² Sobre a “governamentalidade”, Foucault destaca três aspectos: “1. o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais, os dispositivos de segurança; 2. a tendência em que todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante algum tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros – soberania, disciplina, etc. – e levou a desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e um conjunto de saberes; 3. o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI, Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado”. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, 1979, p. 292.

Para Foucault, foi por volta da metade do século XVIII que se pôde visualizar uma transformação nas formas de “governamentalidade” com a emergência de formas de “liberalismo”. No liberalismo, o modelo econômico tornou-se o principal destino e fim da prática governamental, destacando o profundo enraizamento da economia política sobre a razão de Estado, cujo lugar de privilégio é o mercado. O mercado produz saber e verdade, privilegiando o econômico especialmente em sua forma *neoliberal*¹⁶³, como forma de prover a vida.

É nesse sentido que a temática do “governo da vida” ganha importância em suas reflexões sobre os poderes normalizadores e a forma como o Estado moderno irá lidar com sua ascensão. Em um “governo da vida”, o tema da economia como uma condição de fazer viver os corpos torna-se uma condição de possibilidade do político. A expansão do econômico, de tema da privação da vida em necessidade para estratégia de controle governamental, é de fato um dos acontecimentos na ordem dos poderes e da política que herdamos em nossa atualidade. Foucault aborda as transformações nos dispositivos de poder atentos à formação de um neoliberalismo, bem como a maneira como o privilégio do econômico se inscreveu de forma obrigatória na história dos corpos humanos, incluído aí em nossa sexualidade.

Em um artigo em que reflete sobre o “Poder sobre a Vida, Potências de Vida”, Pál Pelbart comenta um texto de Kafka sobre a construção de uma grande muralha pelo imperador da China como forma de manter “fora” os perigos representados pelos nômades. Conta Kafka que tamanhos eram os desafios em sua construção como as descontinuidades e falhas em sua estrutura, que apenas os nômades, diante de sua circularidade, tinham uma noção do conjunto da obra. Realizada em um esforço de separar o “fora”, narrou Kafka sobre um sapateiro residente em Pequim que relatou que havia vários nômades acampados na praça central e seu número aumentava a cada dia...

¹⁶³ Foucault introduz outra forma de “governamentalidade”, o neoliberalismo, “tematizado de dois modos: o neoliberalismo alemão (do pós-guerra) e neoliberalismo norte-americano. Conforme Fonseca, o neoliberalismo alemão “liga-se à ideia de uma fundação legitimadora do Estado calcada na liberdade econômica”. A economia teria assim a função de “produzir” soberania. O contexto norte-americano é diferente, pois os ideais liberais fazem parte da própria formação do país, sendo um “modo de ser e pensar”. O neoliberalismo norte-americano é chamado por Foucault de “teoria do capital humano”. Especialmente esse último terá grande importância para o estudo da criminalidade contemporânea. FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, 2002, p. 228-229.

A narrativa de Kafka abre espaço para pensarmos o que Pál Pelbart apontou como de desterritorialização das sociedades contemporâneas¹⁶⁴. Ao pensarmos sobre os nômades do Império Chinês ou aos “esquizes” descritos por Deleuze e Gattari, a sociedade da biopolítica reescreve as noções de Estado e de economia nos limites constantemente reelaborados da vida humana. O sujeito desterritorializado está presente e ausente simultaneamente e “ocupa um território ao mesmo tempo que o desmancha, dificilmente entra em confronto direto com aquilo que o recusa, não aceita a dialética da oposição, que sabe submetida de antemão ao campo do adversário, por isso ela realiza, aquele que foge e faz tudo fugir”¹⁶⁵. Na constante preocupação com o “fazer viver” das populações e com a necessidade de fazê-las produzir e consumir, conceitos de Estado, de economia e da própria subjetividade são apresentados ao mundo onde a vida é sua matéria-prima.

A tomada biopolítica lançou seus efeitos para além do Estado, da economia e atingiu a subjetividade. Quando a vida se torna o aporte mais essencial, todas as suas formas de providência, manutenção e, também, controle e exclusão são postas em evidência. Daí a causa, segundo Pál Pelbart, da emergência de um capitalismo cujo formato se perfaz em criar o desejo de satisfação de milhões de pessoas, em movimentar-se por meio da criação e da manutenção do corpo populacional em consumo.

Assim, não se trataria apenas de adestramento do corpo para o trabalho ou de exploração de mão de obra, mas de uma profunda capitalização da vida humana em que nenhuma barreira possa impedir a fluidez do controle do capital. É o capital que penetra, segundo Pál Pelbart, “nas esferas mais infinitesimais da existência” mobilizando, trabalhando, explorando, ampliando e produzindo “uma plasticidade subjetiva sem precedentes, que ao mesmo tempo lhe escapa por todos os lados”¹⁶⁶. É a conversão do homem em *capital humano* por um modelo de capitalismo (neoliberal) que marca a divisão do corpo como capital e renda. O “*homo œconomicus*”, descrito

¹⁶⁴ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 19-20.

¹⁶⁵ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 20.

¹⁶⁶ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 20.

por Foucault, é um corpo cuja própria subjetividade deve tornar rentável e um princípio de investimento, como a essência do consumo e da sua satisfação¹⁶⁷.

Destaca Dany-Robert Dufour sobre a relação da subjetividade e mercado:

A pós-modernidade democrática corresponde assim à época em que se começou a definir o sujeito através de sua autonomia, especialmente jurídica, e a dar ao sujeito falante uma definição autoreferencial. Por outras palavras, a autonomia jurídica, assim como a liberdade mercantil, eventualmente total, são absolutamente congruentes com a definição auto-referencial do sujeito. Por isso, a análise do devir decadente do Outro no período pós-moderno deve compreender os tempos neoliberais em que vivemos, definidos pelo grau máximo de "liberdade" econômica atribuída aos indivíduos. O que chamamos de "mercado" não tem, de fato, a validade de um novo Outro, pois está bem longe de assumir a questão da origem, da auto-fundação. É aqui que se flagra o limite fundamental da economia de mercado, na sua pretensão de assumir ao mesmo tempo a relação pessoal e a relação social¹⁶⁸.

A tomada política e econômica da vida fez aparecer a vida como tema de poder, mas também como seu limite. Eis a metáfora do Império chinês refletida na formação do Império contemporâneo, ao mesmo tempo tão diferente em sua definição. O Império contemporâneo não credita seu limite à rigidez da muralha, mas justamente à fluidez de sua população e de todos os mecanismos de fazer viver seu corpo múltiplo.

Se a biopolítica faz aparecer à população como "sujeito" do governo, um Império se constitui e se desconstitui na fluidez de suas relações. Um saber-poder sobre a vida encontra aí sua positividade vociferante: sustentar a vida apenas e tão somente por meio de provê-la. E provê-la demanda a busca incessante por novas ordens, novos fluxos de capital, de informação, de bens e, sobretudo, de corpos e de subjetividades.

Uma vida biopolítica acabou exigindo uma intensa e incessante velocidade sobre o mundo, sobre as coisas, sobre a política, sobre o poder. Tal velocidade nos daria a sensação, descrita por autores como Zygmunt Bauman, de fluidez, de liquefação das estruturas territoriais (políticas, econômicas, culturais, linguísticas) sólidas¹⁶⁹ de uma

¹⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 345.

¹⁶⁸ DUFOUR, Dany-Robert. *Uma nova condição humana: os extravios do indivíduo-sujeito*. Tradução portuguesa de Selvino J. Assmann. Texto original em: *Le Monde Diplomatique*, Paris, Fevereiro de 2001. Versão italiana: *"Una nuova condizione umana. Gli smarrimenti dell'individuo-soggetto"*. *Le Monde Diplomatique/II Manifesto*, Fevereiro de 2001 (http://www.ilmanifesto.it/MondeDiplo/Le_Monde-archivio/febbraio-2001/01021m22.01.html). Acesso em 01 de março de 2012.

¹⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. São Paulo: Jorge Zahar Editor.

sociedade que “se desmancha no ar”. Uma sociedade em que até mesmo a economia, ou principalmente ela, se organiza segundo nova espécie de capitalismo em rede “que enaltece as conexões, a movência, a fluidez, produz novas formas de exploração e de exclusão, novas elites e novas misérias, e, sobretudo, uma nova angústia – a do desligamento”¹⁷⁰. Daí a busca sem fim por novas possibilidades de vida, de consumo, de subjetividades. Para Pál Pelbart,

o fato é que consumimos, mais do que bens, formas de vida – e mesmo quando nos referimos apenas aos estratos mais carentes da população, ainda assim essa tendência é crescente. Através do fluxo de imagens, de informação, de conhecimento e de serviços que acessamos constantemente, absorvemos maneiras de viver, sentidos da vida, consumimos toneladas de subjetividades¹⁷¹.

Poderíamos, dessa forma, segundo Hardt e Negri, pensar na emergência de “uma nova forma global de economia”: o Império contemporâneo. Um Império, que diferente do imperialismo colonialista assentado na disputa física por territórios, mercados e em questões de soberania, busca dar conta da fluidez incessante do capital. Um Império cuja força encontra-se na desterritorialização e economicização da vida e da cultura humanas. Na pluralidade das populações, em sua capacidade pungente de consumo, na conversão da cultura a mercadoria, na expansão em fluxo da produção e da circulação de bens e, principalmente de ideias, de informações e de espetáculos. Para Pál Pelbart, é possível chamá-lo como quiser: “sociedade de espetáculo, capitalismo cultural, economia imaterial ou era da biopolítica”¹⁷², o Império, descrito por Hardt e Negri, “administra entidades híbridas, hierarquias flexíveis e permutas plurais por meio de estruturas de comando reguladoras. As distintas cores nacionais do mapa imperialista do mundo se uniram e se mesclaram, num arco-íris imperial global”¹⁷³.

Em uma política de poder em que a própria vida se converte em capital, estamos diante de uma sociedade que irá se constituir sobre o primado da tecnociência e o próprio corpo passa por uma ressignificação: o humano pensado além das

¹⁷⁰ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 20.

¹⁷¹ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 20.

¹⁷² PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 20.

¹⁷³ HARDT Michael, & NEGRI, Antonio. *Império*, 2005, p.13.

categorias clássicas de liberdade e de vontade, mas como um depósito de informações e de tecnologias essenciais para sua rentabilidade.

Nesse sentido, segundo Hardt e Negri, podem-se destacar as transformações por que passa a noção de trabalho produtivo nas sociedades contemporâneas. Um trabalho que cada vez mais deixa sua função de “força de trabalho” explorada pela mais-valia, para se tornar mais imaterial ou um “trabalho intelectual massificado”, mediante sua reorganização na valorização da produtividade dos corpos e pela atribuição de valor ao afeto¹⁷⁴. O trabalho é incorporado à própria dinâmica da vida humana e à própria subjetividade (e não apenas como consciência de classe), pois é condição de desejo e de felicidade. O investimento na carreira, na produção, na “promoção”, no status social é importantíssimo na construção de uma subjetividade concatenada com a “melhor vida possível”.

A sociedade biopolítica não desvaloriza o corpo, mas o ressignifica em uma ordem pela qual a vida se torna uma potência subjetiva (rentável). É, desse modo, entre os desafios desta sociedade fluida – biopolítica – , que o corpo ganha uma função capitalizada ou digitalizada, como afirma Adriana Espíndola Correa:

Na atual formulação da tecnociência e dos discursos que a sustentam, o humano aparece reduzido a um feixe de informações – daí falar-se de *corpo digitalizado* - instrumentalizando-o e conferindo a ele o *status* de um repositório de “matéria-prima”. Essa perspectiva visa favorecer o controle social (a sociedade de controle, vislumbrada por Deleuze) e traça um recorde que busca impedir a manifestação de outras possibilidades de pensar e vivenciar o humano.¹⁷⁵

O corpo, nesse contexto, emerge diante de novas valorizações pautadas tanto por sua redução à homogeneidade calculada das ciências biomédicas quanto pela coisificação e rentabilização destacadas em um mercado publicitário e pela ideologia do consumo. Através do corpo teríamos acesso às promessas de consumo e de renda, e fabricamos o corpo (passo a passo) mediante o consumo cada vez maior de dietas, de cirurgias estéticas, de reparos e de fabricações/manipulações genéticas, sendo a tecnologia o instrumento fundamental para adequá-lo aos padrões de vida, de saúde,

¹⁷⁴ HARDT Michael, & NEGRI, Antonio. *Império*, 2005, p. 49.

¹⁷⁵ CORREA, Adriana Espíndola. *O Corpo Digitalizado. Bancos de Dados Genéticos e sua Regulação Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editoria, 2010, p. 24.

de renda. O corpo, na esteira biopolítica, é alvo da tecnologia e do mercado, destacando o limite da materialidade da vida humana. Eis aí a constante busca tecnológica por dominação genética, pela boa aparência, pela saúde a qualquer custo, pela imortalidade prometida (ou possibilitada) pela ciência. Sem o “pensamento mágico” que daria sentido à vida burocratizada como pensado por Weber¹⁷⁶, a promessa se esgotaria na valorização do corpo fabricado por uma tecnologia cuja falácia é destacada por Silva; Soares e Assmann como um “novo arquétipo da felicidade humana”¹⁷⁷.

Donna J. Haraway, em seu livro *“Manifesto Ciborgue: Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX”*, reflete sobre como as “tecnologias de comunicação e as biotecnologias são ferramentas cruciais no processo de remodelação de nossos corpos”¹⁷⁸. Para Haraway, não se trata de buscar uma alusão a uma experiência sacralizada de corpo ou de culpabilizar a tecnologização do humano, mas de problematizá-la a partir de sua desconcertante afirmação: “somos, em suma, ciborgues”¹⁷⁹. É dessa forma, segundo a autora, que o tema da tecnologia e o da vida, nas sociedades contemporâneas, não podem mais ser separados ou negados, mas devem ser refletidos em uma espécie de “politização da tecnologias” em que “o ciborgue é nossa ontologia; ele determina nossa política”¹⁸⁰.

A tradução do mundo em termos biopolíticos, para Haraway, significa não deixar de levar em consideração que o corpo (ou organismo) diz mais sobre a codificação

¹⁷⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Volume 2, 1999, 2009 (reimpressão).

¹⁷⁷ SILVA, Ana Márcia; SOARES, Carmen Lúcia; ASSMANN, Selvino José. *A valorização do corpo e as falácias de um novo arquétipo da felicidade humana*. In: Estudos Interdisciplinares em Ciências Humanas. Florianópolis: Cidade Futura, 2003, p. 275.

¹⁷⁸ HARAWAY, Donna J. *Manifesto Ciborgue: Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX*. In: Antropologia do Ciborgue: as vertigens do pós-humano. Org e Tradução de Tomaz Tadeu. 2ª. Edição. Belo Horizonte: autentica Editora, 2009, p. 64.

¹⁷⁹ HARAWAY, Donna J. *Manifesto Ciborgue: Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX*, 2009, p. 37.

¹⁸⁰ HARAWAY, Donna J. *Manifesto Ciborgue: Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX*, 2009, p. 41.

genética ou leitura de códigos do que como “um objeto de conhecimento”¹⁸¹. Como um componente “biótico” instrumentalizado por uma biotecnologia rentável, o corpo humano (ou ciborgue) seria, agora, decifrado como uma “criptografia” cientificizável. Para além de uma linguagem simbólica que signifique o mundo, de uma cultura pulsional e de um desejo reconhecido como falta ou incompletude, os corpos seriam reduzidos a “máquinas falantes”, como denunciado por Maria Rita Kehl¹⁸².

Sobre isso, afirma Pál Pelbart, num contexto de digitalização do mundo e do corpo estaríamos caminhando para a firme possibilidade de superação do corpo orgânico mediante o reconhecimento de sua decomposição e de sua obsolência diante das oportunidades da vida digital, da vida tecnológica. As necessidades “carnais” como a fome, o frio, a sede, as doenças, as fragilidades, as deficiências e, especialmente, o sexo, poderiam ser superadas pela promessa de um organismo que jamais conheceria a “falta”. A promessa final de uma tecnologia que faria da vida um sistema de completude, de superação das imperfeições e de emergência de uma nova utopia socio-política, pós-humana ou pós-orgânica, como descrito por Paula Sibília¹⁸³. Para Pál Pelbart:

Diante da nova matriz tecnocientífica, onde o ideário virtual vê na materialidade do corpo uma viscosidade incomoda, um entrave a libertação imaterial, somos um pouco handicapés. Nesta perspectiva gnóstico-informática, ansiamos pela perda do suporte carnal, aspiramos por uma imaterialidade fluida e desencarnada¹⁸⁴.

Assim, a problemática em torno do sexo pode ser redesenhada sob o impacto biopolítico. Tomado como condição de um “fazer viver” a população, sobre o sexo, segundo Foucault, se dá um dos pontos de cruzamento entre as duas estratégias de poder cujo mote é a vida humana: a do indivíduo e a da espécie; dos corpos “dóceis e úteis” e da regulação populacional; dos micropoderes e do controle da multidão; do exame e da bioestatística. O discurso do sexo encontra, desse modo, outro referencial

¹⁸¹ HARAWAY, Donna J. *Manifesto Ciborgue: Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX*, 2009, p. 65.

¹⁸² KEHL, Maria Rita. *As máquinas falantes*. In: *O Homem-Máquina: A Ciência manipula o corpo*. Org: Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 243.

¹⁸³ SIBÍLIA, Paula. *O homem pós-orgânico*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

¹⁸⁴ PÁL PELBART, Peter. *A Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 46.

na demanda biopolítica: torna-se uma questão de manutenção da vida humana para além dos preceitos morais cristãos da reprodução familiar.

O corpo e sexo são os instrumentos de fazer viver o corpo-espécie em uma sociedade cujo primado é a economia da vida. Por este primado, segundo Foucault, o discurso do racismo ganha uma nova amplitude: na politização da vida, o tema do racismo é introduzido como uma questão de Estado, pois o discurso da raça biológica fundamenta a tese do “bom corpo e do bom sexo”, e a mera reprodução é reestruturada a partir de taxas de natalidade e mortalidade da população. Os desvios sexuais são tratados como riscos à saúde pública e às práticas de governo, pois o racismo possibilitaria fazer um corte no domínio da vida: entre o que deve viver e o que deve morrer. Assim, a relação guerreira entre inimigos que definia a soberania se torna biológica, pois a morte do outro, da raça ruim, inferior ou degenerada é o que vai deixar a vida mais sadia, mais pura. Eis que os controles sobre e para o sexo se tornam estratégicos na consolidação de uma população (raça) saudável, pura, eficiente e rentável, eliminando qualquer tipo de perigo ou de risco a ela.

E seu “controle” é ainda incorporado a uma lógica de mercado pautada no jogo de custos ou de benefícios, convertido em puro capital humano. A consolidação de um capitalismo tecnológico cujo aporte é a vida humana destacará ainda mais a sexualidade que, pouco a pouco, deixa seu lugar no universo do indivíduo para ser atingida pela esfera política do Estado.

Sob tais estratégias, resta ainda destacar a tomada tecnológica da vida e a imaterialização do corpo mediante sua digitalização ou diluição criptográfica em bancos de dados ou estatísticas genéticas. Diante de tais aportes, o sexo deixa a “carnalidade” orgânica e fluída das trocas corporais ou de um desejo “animalesco” ou “pulsional” para figurar na esterilidade do mundo virtualizado. O sexo é redesenhado em uma estratégia da política da vida em que figura como condição de “melhoramento” genético do corpo e garantia de sua rentabilidade futura em um mercado de perdas e de ganhos.

Nessa perspectiva, apontam Paul Rabinow e Nikolas Rose¹⁸⁵, a questão do sexo no interior de uma biopolítica pode ser pensada por meio das discussões sobre a

¹⁸⁵ RABINOW, Paul.; ROSE, Nikolas. *Thoughts on the concept of biopower today*. Última revisão em 12/10/2003. Acesso em 01 de março de 2012.

elaboração de um conceito de raça político, agora pautado nas definições genéticas; na questão sobre a reprodução, em que temas como o aborto, a manipulação genética, a reprodução assistida e o descarte de embriões são importantes realidades políticas e, também, jurídicas; e a medicina genética, cujo deciframento do genoma humano, os testes genéticos e a classificação humana em bancos de dados genéticos, elevam a condição do saber médico a um novo patamar de poder político sobre a vida e já clamam por sua regulação jurídica, como defende Correa¹⁸⁶.

O sexo também é digitalizado na medida em que o corpo humano se torna cada vez mais imaterializado. Haraway já anuncia o sexo cibernético como possibilidade de troca entre organismos “virtuais” que extrapolam os limites corporais. O sexo virtual também aparece como uma oportunidade de superação dos limites da “carne” humana, como destaca Le Breton, sendo o ciberespaço uma oportunidade de estender as relações e as sensações em limites artificiais jamais alcançados pelo “gozo” da carne. E com vantagens: pois no ambiente cibernético, o sexo gozaria de sua própria eternização das sensações de prazer sem nada de “mal” em troca, sem doenças sexualmente transmissíveis, sem uma gravidez indesejada ou não planejada. O sexo virtual implicaria até mesmo a reordenação do corpo como um “órgão sensorial” na medida em que o prazer é reconduzido ao clique de uma tela de computador, em que o visual compensaria a ausência do toque, enfim, um sexo sem corpo, um sexo na ausência de carne. Assim:

Mundo onde as fronteiras se confundem e onde o corpo se apaga, onde o outro existe na interface da comunicação, mas sem corpo, sem rosto, sem outro toque além daquele do teclado do computador, sem outro olhar além da tela; livre das coerções corporais habituais, em um mundo simplificado cujas chaves são fáceis de manipular, o viajante virtual conhece realmente um mundo físico, sente fisicamente um mundo sem carne¹⁸⁷.

O sexo virtual, a pornografia na internet e comércio virtual de sexo são temas agora pertinentes para uma sexualidade biopolítica. Um fenômeno importante para compreendermos como o sexo, sob o impacto da biopolítica, deixa, pouco a pouco, a

¹⁸⁶ CORREA, Adriana Espíndola. *O Corpo Digitalizado. Bancos de Dados Genéticos e sua Regulação Jurídica*, 2010.

¹⁸⁷ LE BRETON, David. Adeus Corpo. In: *O Homem-Máquina: A Ciência manipula o corpo*. Org: Adauro Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p.127.

“carnalidade” do corpo para se constituir como um tema político da vida. De uma imoralidade reprimida a uma doença a ser tratada, o sexo se torna cada vez mais algo “objetificável” que pode ser ou não consumível de acordo com as demandas de “um fazer viver” a população. Um sexo que se torna digitalizável e, portanto, passível de ser concebido não através dos corpos individuais, mas no corpo difuso de uma população. Tal sexo digital promoveria uma significativa alteração na forma como investimos no corpo: no ambiente virtual, quando o estímulo virtual é o mais importante na seleta cartela de sensações humanas possíveis, um bom corpo é fundamental. Eis que preparamos o corpo por meio do consumo de tudo o que a tecnologia pode oferecer (e os sujeitos puderem pagar) para torná-lo atraente ou simplesmente abandoná-lo em troca de vidas digitais promovidas por jogos como o *second life*. Torna-se objeto valorizado em uma sociedade de consumo. De fato, gastamos muito com sexo, consumimos muito através do sexo. E somos constantemente controlados por meio dele, pois é um dos mais poderosos investimentos sobre a vida humana, cujo retorno é a promessa de renda e de satisfação ou, simplesmente, de inclusão.

Entretanto, isso não significa que deixaram de operar sobre ele intensos mecanismos de controle social. O sexo é ressignificado como tema porque passa a integrar a lógica econômica de governo da vida, quando seu investimento sobre o corpo transforma e modela as estratégias de controle e de seleção da população economicamente ativa. Sexo e corpo passam a integrar a formação de um capital humano necessário como princípio de investimento do sujeito em uma ordem que faz das relações econômicas a linha mestra da condução do social e da sua própria subjetividade.

O sexo figuraria como uma importante parte nos mecanismos de poder que irão circular em uma sociedade de controle. Um modelo de sociedade, descrito por Pál Pelbart quando “o conjunto da vida social é abraçado na sua integralidade, até os centros vitais de sua estrutura social; trata-se de um controle que invade a profundidade das consciências e dos corpos da população, atravessando as relações sociais e as integralizando”¹⁸⁸. Uma sociedade cujos controles sociais dão forma a uma

¹⁸⁸ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Editora Iluminuras, 2003, p. 83.

gestão política da vida como em Deleuze¹⁸⁹; uma sociedade que, conforme as leituras de Hardt e Negri, não está assentada na redução simplificada ou unificada da vida à economia ou à cultura, mas, sobretudo, a um modelo de pluralidade ou de “singularização não-domesticável¹⁹⁰”. É nessa linha que qualquer tentativa de simplificação ou de elaboração de metarrelatos sobre os controles sociais não poderia logra êxito algum. Num mundo biopolítico, as próprias relações de poder são tão móveis quanto a vida, e o Direito Penal figura como um dos controles que talvez mais reflita as implicações da biopolítica sobre os corpos humanos.

Entre tais reflexões que serão objeto do presente trabalho, a leitura foucaultiana pode nos convidar ir além das definições “tradicionais” morais, patriarcais, cristãs e patológicas sobre os controles sociais do sexo. Ir além, ao tematizar nas construções e nas reconstruções legais sobre o “crime sexual” os poderes e saberes que controlam e delimitam os corpos humanos, que traçam sobre a criminalidade uma seletividade sobre “o que ou quem” deve ser passível do controle penal: individualmente e na população.

No entroncamento das estratégias de “fazer viver” os corpos humanos, o Direito Penal aparece como um instrumento cuja ambivalência do poder sobre a vida se destaca: assentado no poder de “morte” da soberania clássica, foi incorporado ao jogo disciplinar moderno por meio da função seletiva de separação dos corpos individualizados e pela biopolítica, em que ganhou sua função de controle populacional racionalizado a partir da lógica da manutenção da vida (que pode ser vivida). Nesse sentido, o crime sexual também está atrelado aos discursos e às diferentes estratégias de poder e de controle, que se perfazem, agora, sobre a tomada da vida como um instrumento político (e econômico).

¹⁸⁹ DELEUZE, Gilles. Post-scritum sobre as sociedades de controle. In: *Gilles Deleuze: Conversações*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992, p. 222.

¹⁹⁰ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Editora Iluminuras, 2003, p. 83.

2.1.2. Sistema penal de controle sobre a vida: biopolítica e a lógica atuarial

A tomada político-econômica do corpo humano por meio da mercantilização não é uma novidade à lógica de poder, tampouco à exploração econômica do sexo. Marx e Engels há muito já denunciaram a mercantilização do corpo a partir da lógica do capital exploratório do trabalho, que atinge sensivelmente também a forma como corpo sexual é explorado como “mercadoria” e abrigado nesta condição pelo sistema penal:

A sociedade contemporânea, que alimenta a hostilidade entre o homem individual e todos os demais, produz, assim, uma guerra social de todos contra todos, que assume, inevitavelmente, em casos individuais, particularmente entre pessoas sem educação, uma forma brutal, bárbara e violenta – a do crime. Para se proteger do crime e dos atos diretos de violência, a sociedade requer um vasto e complexo sistema de corpos administrativos e judiciários, que demanda uma imensa força de trabalho¹⁹¹.

Nessa linha, penalistas e criminólogos (críticos) há muito denunciam a função seletiva e de controle das populações mais frágeis (economicamente) exercida pelo Direito Penal. Dessa forma, o Direito Penal como um sistema legal-soberano definido por Von Liszt como “a proteção reforçada dos interesses juridicamente protegidos, os bens jurídicos, por meio da cominação e da execução da pena como o mal infligido ao criminoso”¹⁹² - é atravessado por mecanismos, estratégias, discursos e controles difusos, marginais e circulares que incidem sobre os corpos. O Direito Penal e os instrumentos de justiça penal são eles mesmos estratégias ou mecanismos orquestrados diante dos interesses de poder vigentes em uma sociedade.

E, segundo a perspectiva das criminologias críticas, em nossa sociedade ele aparece, de fato, sob o impacto do capitalismo. Segundo Cirino dos Santos, Pasukanis, ainda em 1924, já denunciava a “ideologia penal de proteção da sociedade como uma ‘alegoria jurídica’ que, na verdade, significa proteção das condições fundamentais da ‘sociedade de produtores de mercadorias’ ”¹⁹³. Para autor, Pasukanis percebeu com muita propriedade o orquestramento nos discursos punitivos de “justiça penal” para a

¹⁹¹ ENGELS, Friedrich. *Discurso de Elberfeld* em 8 de fevereiro de 1845.

¹⁹² VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Volume 1 (1899). Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

¹⁹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Curitiba: Lumen Juris; ICPC, 2006, p. 87.

proteção velada dos “privilégios fundados na propriedade privada dos meios de produção, de luta contra as classes exploradas e oprimidas – os assalariados, na sociedade capitalista – de garantia do domínio das classes pela repressão política legitimada sob a aparência de “correção pessoal”¹⁹⁴. É dele também a importante observação da conversão da “medida de tempo” como critério para determinar o valor do trabalho (no capitalismo) em “privação de liberdade” assim a pena é pensada para além da resposta oficial do Estado como “um mal justo imposto ao mal injusto” ou de “lesão ao bem-jurídico”, para figurar como uma espécie de troca equivalente em tempo de liberdade suprimida pelo crime, “proporcionável com a mesma justeza da divisibilidade da moeda”¹⁹⁵.

Rusche e Kirchheimer foram pioneiros em desvendar em suas investigações como as formas de punir gestadas por uma sociedade estão profundamente implicadas com sua organização social, política e, especialmente, econômica. É assim, segundo os autores, que no limiar da consolidação do capitalismo, o corpo humano adquire uma importância como força econômica. Com a valorização do corpo em face do mercado, as penas corporais perdem sentido entrando em cena as políticas de encarceramento voltadas para a formação do trabalho como uma nova ontologia do corpo. O tempo e a liberdade se tornaram, nessa linha, os elementos essenciais de uma penalogia que valoriza o trabalho do corpo como um instrumento produtivo, sendo o Direito Penal moldado como um instrumento de controle e de gestão dos corpos produtivos e improdutivos para o trabalho¹⁹⁶. Dessa forma, especialmente Rusche desenhou as linhas contingentes dos sistemas penais nas sociedades capitalistas, destacando o movimento de penalização e encarceramento relacionados com momentos de crise e de aumento produtivo. Assim, para esses autores, há uma correspondência histórica entre as relações de produção e os sistemas de controle, uma relação que aparece de forma cíclica e condicionada a determinadas especificidades históricas importantes para entendermos as contingências de um sistema penal:

¹⁹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, 2006, p. 87.

¹⁹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, 2006, p. 88.

¹⁹⁶ RUSCHE, George & KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª. Edição. Trad, revisão técnica e nota introdutória Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Ed. Revan, ICC, 2004.

Todo modo de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondam às próprias relações de produção. É, pois, necessário analisar a origem e o destino dos sistemas penais, o uso e o abandono de certas penas, a intensidade das práticas punitivas, assim como se estes fenômenos foram determinados por forças sociais, *in primis* por aquelas econômicas e fiscais¹⁹⁷.

Em sentido semelhante, Foucault advoga a tese de que o aparelho de justiça criminal, especialmente o Direito Penal, poderia (e deveria) ser pensado de um lugar diferente das teorias do direito ou de soberania. O sistema punitivo estaria muito mais atrelado a certo tipo de saber-poder cujo mote é a “domestificação e a utilização do corpo humano” para o trabalho, para o capitalismo. Daí sua importante provocação sobre a formação de um penitenciarismo (moderno) relacionado com a “entrada da alma no Direito Penal” por meio da elaboração das ciências humanas. O aparecimento do corpo como função produtiva e de uma subjetividade disciplinada ao trabalho são as condições de possibilidade para a formação de um sistema punitivo centrado na figura do aprisionamento celular, na individualização da pena, na proporcionalidade entre delito e pena, no tempo de liberdade suprimido assentado em uma nova economia de poder sobre o corpo e sobre a sociedade¹⁹⁸.

A relação entre o sistema penal e a produção capitalista pode ainda ser observada em estudo de Dario Melossi e Maximo Pavarini sobre os movimentos de encarceramento da Europa onde a convergência espacial, temporal e ideológica entre o cárcere e a fábrica foi construída segundo um processo contínuo de adestramento do corpo mediante os interesses do capital, que culmina na evolução do modelo prisional como uma estratégia de controle social para outras instituições acessórias como a escola, a família e os meios de comunicação de massa, completando o circuito cárcere-fábrica¹⁹⁹. Um modelo, segundo os autores, que combinaria na era industrial uma espécie de grande encarceramento humano ora pelos mecanismos penais (como prisão), ora por outras formas de aprisionamento do corpo (aparelhos estatais e não estatais como escola, exército, entre outros).

¹⁹⁷ RUSCHE, George & KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, 2004.

¹⁹⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 1996.

¹⁹⁹ MELOSSI, Dario & PAVARINI, Maximo. *Cárcere e Fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

Nesse sentido, reflete Zaffaroni, o maior poder do sistema penal não residiria na pena ou na lei penal, mas na sua ascensão a um modelo de “poder de vigiar, observar, controlar movimentos ou ideias, obter dados da vida privada e pública, além de processá-lo, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidência, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos”²⁰⁰, ou seja, em sua seletividade desenhada mediante as categorias essenciais (produtivos/improdutivos) do poder econômico.

Uma seletividade cujo diagnóstico encontra-se de forma mais evidente no discurso inquietante da Criminologia Crítica de Alessandro Barata mediante sua análise “interacionista-marxista” do sistema de justiça criminal contemporâneo²⁰¹. Barata busca integrar os aspetos subjetivos de construção social da realidade aos processos materiais relacionados às relações de produção, forçando a problematização do sistema de justiça criminal para além da lei penal em si, portanto, para os processos de criminalização impostos a algumas parcelas da população.

Com as contribuições do subjetivismo, do interacionismo simbólico e do diagnóstico marxista sobre a produção material (desigual) da sociedade humana, a Criminologia Crítica faz aparecer no discurso punitivo oficial do Estado e da Lei Penal as questões relativas às condições materiais dos processos subjetivos de definição da criminalidade. A subjetividade é definida como uma espécie de “momento no processo objetivo”, em outras palavras, estaria condicionada às condições e às submissões materiais, políticas, culturais impostas aos sujeitos diante dos sistemas sociais. Para Barata, seria necessário investigar a construção social da criminalidade por meio da seleção de seus sujeitos e dos tipos penais mais adequados à lógica de poder, ou seja, de construção da criminalidade mediante sua *negatividade social* como um novo ponto de vista sobre o conceito de crime, exterior às instituições do sistema penal e ao imaginário do senso comum sobre a criminalidade²⁰².

²⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 98.

²⁰¹ BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e a Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

²⁰² BARATA, Alessandro. *Che Cosa è la Criminologia Critica?* In: Dei Delitti e Delle Pene. 1/91, Torino: Grupo Editorial Abele, 1991, p. 59.

Na construção social da criminalidade, destaca o autor, haveria dois processos decisivos: 1. a Filtragem (ou a criminalização primária): por meio do uso das “metarregras” como um mecanismo subjetivo de atribuição de pré-conceitos, estereótipos ou traumas com o intuito de efetuar a “criminalização das populações criminosas”; 2. a Seleção (ou a criminalização secundária), realizada pela entrada do corpo humano no interior dos aparelhos jurídico-penais propriamente ditos, incluídas nesta seara as estratégias de vigilância e de policiamento sociais. Nessa linha, o processo de criminalização não se iniciaria no interior dos mecanismos penais, mas já nas racionalizações culturais, ideológicas, políticas, raciais, de gênero, econômicas, enfim, qualquer forma de seleção mediante a atribuição social de sentidos negativos àquela pessoa ou população. Tal “negatividade” é o primeiro passo para sua “rotulação” ou “etiquetamento”, que tanto nos esclarecem as pesquisas de Elias²⁰³ e Becker²⁰⁴ sobre a produção social do “outsider”. Os selecionados à marginalização são, segundo Barata, as vítimas mais frágeis do sistema penal, cuja função estatal visaria “coibir e perseguir” os transgressores, aqueles que rompem a lei pautados na ideologia da “defesa social”. Os selecionados, em tese, podem ser quaisquer corpos cuja função é requerida ou dispensada pela vigência de poder. Os pobres e as populações negras ocupariam tal “posição” não raro sendo pessoalmente responsabilizados pela criminalização sob o discurso de sua “inferioridade”.

Atualmente, ao lado das tradicionais “figuras” marginalizadas pelo sistema penal, aparecem outros corpos ou outras subjetividades já categorizadas ou rotuladas como socialmente perigosas ou danosas: traficantes de drogas, terroristas, adolescentes infratores, predadores sexuais são alguns dos “outsiders” selecionados para a criminalização. A seletividade também opera sobre o sistema penal, buscando interferir criminalmente naquelas condutas consideradas “intoleráveis” que, no capitalismo, pode ser traduzido, segundo Cirino dos Santos, pelas vítimas da contradição capital x trabalho assalariado.

²⁰³ Em menção as contribuições de Norbert Elias, em sua obra “Os Esclarecidos e os Outsiders”. ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os Outsiders: Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

²⁰⁴ Destaca-se as contribuições de BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

As contribuições da Criminologia Crítica de Barata são essenciais para a definição proposta por Cirino dos Santos, segundo o qual “o Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas”. Um Direito Penal cuja função incorre em um corte: seus *objetivos declarados* e consagrados por meio de uma teoria do direito como o setor do ordenamento jurídico que protege bens jurídicos – “ou seja, a proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena”; e seus *objetivos reais* como centro da estratégia de controle social das sociedades contemporâneas. Nesse sentido, resume Cirino dos Santos:

Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e de circulação da vida material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho – ou seja - na posição de capitalistas ou na posição de assalariados – todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas classes sociais fundamentais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social²⁰⁵.

Dessa forma, as denúncias desses discursos críticos são fundamentais para situar o Direito Penal como um instrumento que ultrapassa sua definição “jurídico-legal” como um sistema de “cominação de penas e aplicação de medidas de segurança” contra aqueles que transgridem a lei. A neutralidade legal ou imparcialidade do Direito Penal é desvelada na medida em que sistemas teóricos como as criminologias críticas forçam suas análises para além do discurso oficial ou dogmático da teoria do direito. Ao deitar seu olhar para o funcionamento do sistema de justiça penal, suas incongruências e obscuridades puderam vir à luz, mostrando os diversos micropoderes e controles sociais que sustentam a positividade jurídica da lei penal.

Assim, o Direito Penal pôde ser redesenhado como um dos mais violentos instrumentos de controle das populações economicamente mais frágeis, por meio da definição das condutas típicas que compõem os crimes, a culpabilização de subjetividades, a elaboração de um processo penal e a aplicação da pena, voltadas para a seleção dos corpos ou das populações produtivas/improdutivas. Um Direito

²⁰⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. Curitiba: Lumén Júris; ICPC, 2006, p. 06.

Penal que gravita entre outras estratégias punitivas em torno de um Estado marcado pela manutenção dos privilégios econômicos das forças produtivas do capitalismo moderno, possibilitando uma contribuição decisiva para este “outro” olhar sobre o crime e a criminalidade distante das responsabilizações individuais pautadas no defeito, na raça, na patologização, nas moralidades religiosas, na economia e em outros discursos naturalizantes da discriminação social.

Um Direito Penal cuja função simbólica de punir as condutas mais gravosas contra bens jurídicos mais fundamentais faz aparecer justamente quais são estas condutas: aquelas que atentam contra o patrimônio, contra o trabalho, contra o corpo produtivo, contra as moralidades mantenedoras do *status quo* capitalista, enfim, uma lei penal que gira em torno da manutenção e da estabilidade da forma capital de produção.

Todavia, como ficaria o Direito Penal ante as demandas de politização da vida humana, da biopolítica? Como ficaria o poder punitivo diante da imaterialização do trabalho - da fluidez de uma sociedade cujo capitalismo transcende a relação material entre trabalho assalariado e capital - quando sua fluidez atinge até mesmo o abrigo da subjetividade humana? Diante de um Estado cuja soberania dissolve-se na desterritorialização e descentralização do poder? Quando a sociedade antagônica de classes passa a ser pensada como a multidão da sociedade de consumo? E até o abrigo da lei se torna movediço no espaço político de manutenção e de controle da vida humana em termos populacionais, diante da sociedade de controle?

O impacto da biopolítica ou de uma sociedade de controle cuja movência do capital e a tecnologização da vida integram o Estado, a sociedade civil e a própria subjetividade humana também refletem de modo significativo sobre o sistema punitivo (e no Direito Penal) e ainda sobre as possibilidades de sua reflexão crítica. Nessa linha, destacam-se as análises de Loïc Wacquant²⁰⁶ sobre a profunda relação entre a consolidação de um modelo neoliberal e as políticas de encarceramento realizadas pelos EUA desde os anos 70. Partindo das contribuições de Rusche e Kirchheimer, Wacquant acompanhou os movimentos de encarceramento e das políticas econômicas

²⁰⁶ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. (a onda punitiva). 3ª. Edição. Tradução de Sergio Lamarão. Revisada e Ampliada. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2004.

no contexto norte-americano, especialmente em períodos de expansão do capital. Nessa lógica, esperava-se que em uma política econômica de expansão do consumo e da renda, os índices de criminalidade, bem como os de encarceramento viessem a cair nas sociedades ditas “desenvolvidas”, afinal uma vez resolvidas as contradições entre classes sociais a função real do sistema penal ficaria cada vez mais restrita. Entretanto, segundo Wacquant, nada disso aconteceu. Pelo contrário, foi observado um crescimento maciço da população carcerária americana nos últimos 25 anos, colocando em evidência um fenômeno social sem precedentes e que extrapolaria até mesmo os indicadores de criminalidade. Ou seja, cada vez mais pessoas são aprisionadas independentemente da danosidade social ou até da sua culpabilidade.

Em suas pesquisas, Wacquant identificou as razões dessa mudança mediante o expressivo encarceramento da população pobre (imigrante). Uma política assentada na expansão dos aportes de mercado neoliberal, isolando os indesejáveis e, sobretudo, fomentando o lucrativo mercado privado das prisões americanas. Nessa linha, as características do neoliberalismo como uma economia desregulada e fluida, com retração do Estado social e com a expansão do capital para bens, corpos e fenômenos fora do mercado delimitam a mecânica do encarceramento como um princípio de investimento assegurado ao lucro. Para manter tal investimento no aparelho prisional, Wacquant destaca que os EUA utilizam quaisquer meios de redução dos orçamentos da educação, serviço social, saúde, valorizando suas verbas para investimento na justiça, polícia, prisões e, mais recentemente, guerras preventivas contra os novos inimigos sociais. Por meio da análise dos orçamentos do Estado norte-americano, a gestão da criminalidade é incorporada a uma estratégia de governo, mais importante do que as políticas sociais ou de assistência. A pobreza é uma questão de Estado, mas um Estado profundamente comprometido com os aportes de lucratividade e de conversão do capital neoliberal. Assim:

Há 25 anos, o país tinha 1.500 prisões, hoje tem 4.800. Em 1976, 380 mil presos. Vinte e cinco anos depois há 2 milhões de presos, 650 presos para cada 100 mil habitantes. O Estado da Califórnia tem hoje mais de 200 mil prisioneiros entre seus 33 milhões de habitantes. Desde 1994 gasta mais a cada ano com o setor, e reduz as verbas das universidades. Um guarda de prisão, hoje, ganha mais que um professor²⁰⁷.

²⁰⁷ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. (a onda punitiva). 3ª. Edição. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2004.

Por meio desse modelo de racionalização econômica neoliberal, o Estado norte-americano, segundo Wacquant, se converte em um Estado Penal cuja função seria o controle das desordens sociais e urbanas, buscando aumentar a demanda pelo encarceramento e movimentar o sistema penal gerando lucratividade. A contradição desse modelo de Estado é flagrante, pois o neoliberalismo postula um Estado mínimo, mas utiliza um Estado penal-policial cada vez maior, tornando a gestão da criminalidade uma questão fundamental na estratégia de governo. É nessa seara que Wacquant afirma a falsidade dos discursos que atribuem a redução da criminalidade à política de encarceramento, como os movimentos “lei e ordem”²⁰⁸. A política penal tornou-se autônoma quando o seu discurso desvinculou-se da questão do crime para funcionar como instrumento de regulação do mercado, da mão de obra desqualificada, e de cunho ideológico, simbólico, reforçando a discriminação contra os pobres, os negros e imigrantes, mediante a imposição da crença de que é devido a sua própria condição individual, racial ou subjetiva a sua responsabilidade pela criminalização e pelo encarceramento.

O Estado penal emerge como uma espécie de gestor da criminalidade, e sob seu abrigo aparecem múltiplas estratégias de controle social adequadas às demandas de lucro e de rentabilidade. Dessa forma, são transferidas para o mercado algumas das competências “soberanas” da justiça penal como a administração das penas e das prisões (privatização das penitenciárias), a privatização dos mecanismos de vigilância e de policiamento (o mercado da segurança privada) e, ainda, a racionalização econômica de lei mediante a criação de novos tipos penais e a exclusão de outros ou da reforma processual segundo princípios neoliberais de rentabilidade e de eficiência.

²⁰⁸ O ideário promovido pelo “movimento Lei e Ordem” é definido a partir da *política de “tolerância zero”*, a qual se resume em: *combater de forma precisa e intolerável todo e qualquer tipo de infração penal, independente de que infração seja, tampouco, seu grau de lesividade ou relevância social*. Tal política teve seu marco originário em meados dos anos 80, com os estudos praticados pelo cientista político James Q. Wilson e do psicólogo criminologista George Kelling, autores do artigo intitulado “*The Police and Neighbourhood Safety*” (A Polícia e a Segurança da Comunidade) publicado no início dos anos 80 naquele país. Segundo os autores, surgiu a necessidade de implantar uma estratégia de policiamento baseada principalmente na repressão da desordem social, por meio do combate policial e judicial de pequenas infrações, a grande maioria, quando muito, meros atos desviantes, que atentariam contra a “qualidade de vida” daquela comunidade.

De acordo com David Garland, na atual conjuntura das sociedades contemporâneas, a questão da criminalidade e sua relação com o Estado passa por uma profunda revisão pautada no “mito de que o Estado soberano é capaz de gerar “lei e ordem” e controlar o delito dentro dos limites de seu território” ²⁰⁹. Desse modo, segundo Garland, cada vez mais as autoridades estatais e governamentais estão representadas por um dilema, em que são obrigadas a reconhecer a necessidade de abandonar sua pretensão de ser os provedores fundamentais e efetivos da segurança e do controle do delito, mas conscientes dos custos políticos, não raro, desastrosos de tal abandono.

Uma cultura do controle desenvolvida por meio da pulverização dos mecanismos de justiça penal outrora centralizados na soberania do Estado para abrigá-los no interior de políticas públicas de governo e do mercado tão efêmeras, às vezes, contraditórias, e vinculadas às demandas de poder, que Garland as define como “esquizofrênicas”. Eis o dilema político dos sistemas penais contemporâneos: se, por um lado, há a integração de um discurso de “profissionalização e racionalização da justiça”, ele deve ser lido através das lentes da sua “comercialização” (ou barateamento dos custos desta justiça); se há a busca pela “redução do âmbito do desvio”, é possível redefinir o que é uma política de segurança de êxito (de forma a controlar as estatísticas sobre a criminalidade); se é preciso concentrar-se nas consequências (e não nas causas, minimizando os efeitos econômicos da criminalidade), refaz-se o discurso da valorização da vítima (e de uma política de redução de danos); se é necessário redefinir as responsabilidades (redefinindo a culpabilidade em termos de periculosidade para si e para a sociedade), é preciso delimitar diferentes formas de responsabilização que envolvam todas as redes sociais e econômicas no combate e no controle do delito²¹⁰.

A passagem de um Estado social para um Estado penal também é destacada de forma pontual e intrigante pelo trabalho de Alessandro De Giorgi. Em diálogo com as

²⁰⁹ GARLAND, David. *La Cultura del Control: Crimen y Ordem Social em la Sociedad Contemporânea*, 2001, p. 188.

²¹⁰ GARLAND, David. *La Cultura del Control: Crimen y Ordem Social em la Sociedad Contemporânea*, 2001, p. 188.

contribuições de Rusche e Hirschheimer, de Foucault e, ainda, de Hardt e Negri, De Giorgi debruça-se sobre as transformações nas relações de produção e os processos de mudança que afetam as estratégias de controle nas sociedades de capitalismo tardio. Nessa linha, o autor destaca o esgotamento do modelo “fordista” de produção e gestão da criminalidade diante do espaço liso e fluido dos fenômenos globais do Império, como os fluxos de capital, de informação, da força de trabalho e de subjetividades. É nesse sentido que se tornaria necessário conceber novos regimes de controle também diferenciados obedecendo à mesma lógica de fluidez contemporânea²¹¹.

Nas reflexões de De Giorgi, os desafios do sistema penal em uma sociedade do tipo “Império” transitam pelas novas relações econômicas da era pós-industrial pautadas pela substituição da disciplina do trabalho fabril por uma espécie de imaterialização do trabalho. Destaca:

Limitando o nosso discurso às tendências que determinam os efeitos de maior alcance sobre o plano de relação entre dinâmicas da produção e formas do controle, gostaria de me deter principalmente em dois aspectos da transformação em curso. O primeiro, que chamaria de “quantitativo”, refere-se à progressiva redução do nível de emprego da força de trabalho e, conseqüentemente, à drástica diminuição da demanda de trabalho vivo, expressa pelo sistema produtivo a partir pelo menos da segunda metade dos anos 1970. O segundo, que chamaria de “qualitativo”, diz respeito às mudanças ocorridas nas formas de produção, na composição da força de trabalho, nos processos de constituição das subjetividades produtivas e nas dinâmicas de valorização capitalista em que elas estão imersas²¹².

Nessa perspectiva, a transição de um sistema fordista para uma espécie de pós-fordismo se daria mediante a passagem de um “regime de carência” (quando há a organização de instrumentos disciplinares para regular a carência de força de trabalho) a um regime produtivo definido pelo “excesso” (e, conseqüentemente, pela emergência de estratégias orientadas pelo controle do excesso)²¹³. Um excesso negativo consequência da imensa tecnologização (e informatização) dos processos produtivos responsável pela diminuição progressiva do *quantum* de trabalho vivo e pela

²¹¹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006, p. 65.

²¹² DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 65-66.

²¹³ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 66.

reordenação da noção de emprego e desemprego. No mundo do excesso, o desemprego deixa de ser associado à ideia de “inatividade” para se fraturar em “inumeráveis atividades produtivas”²¹⁴. O que diminui efetivamente é a noção de um emprego formal, regulado, protegido por normas trabalhistas, enfim, de uma estabilidade para o trabalho que se dissolve nos intensos fluxos de capital. Mas, o excesso também pode ser positivo, quando diante da automação, informatização e os usos tecnológicos do trabalho se torna cada vez mais cognitivo e imaterial, quando as potencialidades de comunicação, do intelecto e da própria subjetividade são entendidas como uma parte do sistema produtivo.

É mediante as análises da produção e da reprodução dos “excessos” que a era “pós-fordista” pôde fazer aparecer seu sujeito: a multidão como “a nova força de trabalho produtivo sobre a qual, se recortam as novas estratégias de controle”²¹⁵. É sobre a multidão, definida para além de uma fenomenologia do trabalho, que os regimes de excesso irão atuar permitindo “identificar uma força de trabalho abrangente, cujas determinações escapam a qualquer capacidade de individualização da parte do comando capitalista”²¹⁶. A multidão é uma força amorfa e indistinta entre produção e reprodução, emprego e desemprego, trabalho e linguagem, um conceito que:

demonstra e supera a inadequação do conceito de classe, não tanto porque a classe operária tradicional perde hoje a própria centralidade produtiva, mas porque não é mais possível definir um lugar determinado de constituição da subjetividade do trabalho, de tornar extrínseca a sua produtividade e de expressão da sua conflitualidade, como era possível para a classe fordista²¹⁷.

Como o sujeito de uma sociedade pós-industrial, é sobre a multidão que novas estratégias de controle são desenhadas entre as funções possíveis do sistema punitivo sob a lógica da biopolítica. De Giorgi sintetiza sua tese pautada nas contribuições da biopolítica de Foucault e na abordagem do Império realizada por Hardt e Negri.

A passagem do fordismo ao pós-fordismo se entrecruza, assim, com o progressivo esgotamento de uma soberania estatal definida como complexo de

²¹⁴ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 67.

²¹⁵ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 66.

²¹⁶ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 79.

²¹⁷ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 79.

estratégias de normalização disciplinar da classe operária e com a emergência de um domínio imperial construído com base no controle “biopolítico” da multidão. Todavia, esse controle “biopolítico” coloca-se num plano totalmente externo às determinações singulares da força de trabalho social, inscrevendo-se num domínio capitalista reduzido a puro comando²¹⁸.

Nessa linha, os mecanismos de controle da multidão tomam forma mediante a emergência de uma lógica atuarial em que o recrutamento da população carcerária ocorreria na “invenção” de classes de sujeitos considerados de risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída, “isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam de virtualmente cometer delitos para se tornarem, elas mesmas, crime”²¹⁹. Dessa forma, segundo De Giorgi:

A lógica atuarial evidencia, certamente, a penetração de uma racionalidade gerencial no sistema de controle, uma racionalidade que torna seus os princípios de economicização dos recursos, de monetarização dos riscos e a efetividade da relação de custo-benefício²²⁰.

Assim, desenvolve-se um sistema penal que identifica o crime com um fenômeno global; da punição veiculada a um cálculo de custo-benefício; e a criminalidade com o afastamento estatístico da média considerada “normal” ou tolerável pela economia de poder. A lógica atuarial dos sistemas penais contemporâneos não rejeita a legalidade dos códigos penais ou o sistema disciplinar penitenciário das prisões, mas os reaviva profundamente, estendendo as demandas de poder político e econômico sobre a multidão.

Nesse sentido, é oportuno resgatar as contribuições de Foucault sobre a produção da criminalidade contemporânea sob o impacto de um modelo econômico neoliberal²²¹. Não que Foucault propriamente esteja interessado em desenvolver os

²¹⁸ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 81.

²¹⁹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 98.

²²⁰ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 99.

²²¹ No curso *Nascimento da Biopolítica (1978-1979)*, Foucault se debruçou sob um fenômeno da relação econômica em sua versão liberal (mais especificamente, na emergência dos chamados neoliberalismos na França, Alemanha e Estados Unidos da América). Segundo Foucault, “tal forma econômica desenvolvida especialmente no pós-guerra, pode ser definida nos EUA como algo mais do que uma opção econômica e política formulada por governos e governantes, pois se trata de ‘toda uma maneira de ser e de pensar’. É desta forma que no interior da política de governo dos EUA (e em condições históricas diferentes na Europa, com reflexos na América Latina), o neoliberalismo irá se constituir como um tipo de relação ou uma técnica entre governantes e governados como uma ‘espécie de reivindicação global, multiforme, ambígua, como ancoragem à direita e à esquerda’. O neoliberalismo converte-se em

aportes de uma criminologia (e não há indicadores disso), mas mediante sua abordagem sobre as formas de poder e de saber que se constituem sob a política econômica neoliberal, o tema da criminalidade emerge como um indicador que merece nossa atenção.

Segundo Foucault, dos mais variados traços que podem se desenhados a partir do neoliberalismo americano, dois são destacados (aliás, fundamentais para o desenvolvimento do presente tema): a teoria do capital humano e a análise da criminalidade e da delinquência²²². E sobre o tema da sexualidade, uma incursão nos aportes neoliberais é intrigante para a reflexão da conversão do sexo em tema econômico e sua desconstituição perante um mercado de perdas e ganhos.

A teoria do capital humano e sua relação com o neoliberalismo pode ser tematizada por meio de dois aspectos: a) a análise dos comportamentos não econômicos adequados à racionalidade econômica; b) a atuação dos poderes públicos em termos de mercado. Nesse sentido, podemos afirmar a incursão da análise econômica num campo até então inexplorado ou a conversão de novos objetos econômicos²²³.

O primeiro aspecto do neoliberalismo norte-americano é a absoluta predominância da forma econômica de mercado como um princípio de inteligibilidade, um princípio de decifração das relações sociais e até dos comportamentos individuais. Trata-se de a análise em termos de uma economia de mercado servir como um esquema aplicado a domínios não econômicos. Ou seja, o neoliberalismo promove um tipo de tomada econômica de que tradicionalmente são domínios não econômicos da vida, de modo que qualquer questão de governo, de políticas públicas, do homem e da

uma espécie de esquema global de pensamento governamentalizável em que todo e qualquer aspecto econômico ou social possa ser lido mediante sua lente. E um dos responsáveis por tornar esta lente uma preciosidade nos temas de governo é Hayek e sua expressão 'precisamos de um liberalismo que seja um pensamento vivo'. FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 333.

²²² FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 338.

²²³ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 339.

própria noção de justiça penal, só encontre uma possibilidade de realização se inseridas na preocupação com o mercado.²²⁴

O segundo aspecto é a racionalização do governo a partir da lógica do mercado. Assim, o mercado deixa de ser pensado como princípio de limitação à intervenção do Estado na economia para se converter no princípio das próprias ações do poder público.²²⁵ Não se trata de o mercado aparecer como um princípio de regulação do poder estatal, mas de tornar-se a própria condição de possibilidade do Estado. Um “Estado de governo” da vida dos homens passa a funcionar como um instrumento do mercado mais parecido com uma empresa do que como um organismo político. Aliás, é justamente a tomada da esfera política pela economia e pelas leis de mercado que vai caracterizar uma sociedade e um governo neoliberal.

Diante disso, o neoliberalismo irá reprogramar ou reinterpretar as clássicas teorias econômicas por meio de sua crítica às abordagens feitas à noção de trabalho. Segundo Foucault, a proposta neoliberal é reinserir de forma pontual o trabalho como renda, como uma conduta econômica “praticada, aplicada, racionalizada, calculada por quem trabalha”. O que o neoliberalismo propõe, nesta linha, é transformar o trabalhador não em um objeto de oferta e procura como força de trabalho, mas em um sujeito economicamente ativo, sendo o próprio trabalho seu capital e sua renda.

Conforme Foucault, para além da definição marxista de trabalho como força (explorada) e antagônica ao capital (o que explora), e o salário como uma compensação (sempre insuficiente e desigual), no neoliberalismo, trabalho se decompõe em capital e em renda. Em capital, pois é o que possibilita ao trabalhador possuir um fluxo de renda, uma renda futura (um salário) que está intrinsecamente associado a quem o detém (o trabalhador). Dessa forma, é o trabalhador quem detém a responsabilidade por aumentar ou diminuir seu fluxo de renda, não por meio da diminuição de sua exploração, mas pelo investimento e competência para o trabalho. Quanto maior a competência para o trabalho maior o ganho em seu fluxo de renda (e não em renda propriamente dita), pois além dos ganhos financeiros, o que interessa ao

²²⁴ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*. Cours au Collège de France (1978-1979). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004, p. 336.

²²⁵ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, 2004, p. 253.

trabalhador é manter-se em fluxo, aumentando sua “durabilidade”, diminuindo sua ineficiência e obsolescência.

Destaca Foucault:

Deve-se considerar que a competência que forma um todo com o trabalhador é, de certo modo, o lado pelo qual o trabalhador é uma máquina, mas uma máquina que vai produzir fluxos de renda. Fluxos de renda e não renda, porque a máquina constituída pela competência do trabalhador não é de certo modo, vendida casualmente no mercado de trabalho por certo salário. Na verdade, essa máquina tem sua duração de vida, sua duração de utilizabilidade, tem sua obsolescência, tem seu envelhecimento²²⁶.

Pode-se, assim, definir a força de trabalho sob a perspectiva neoliberal como um “capital-competência”, que recebe, em função de variáveis diversas, certa renda que é um salário, uma renda-salário, de sorte que é o próprio trabalhador que aparece como uma espécie de empresa de si mesmo²²⁷. Sob o neoliberalismo, o salário se converte em mera renda atribuída a certo capital, um capital incorporado pelo próprio corpo, que se torna parte do corpo: o *capital humano*.

O corpo convertido em capital humano marca o retorno do “*homo oeconomicus*”²²⁸ como o sujeito que pensa, age e se comporta segundo as leis do mercado; um sujeito que calcula seus atos em função das “perdas e ganhos”, do risco e do custo pessoal da realização de uma ação, qualquer ação cujo aporte terá necessariamente a incorporação ou não de renda, de um valor econômico. Também é o sujeito “governamentalizável”²²⁹, isto é, que pode ter sua conduta governada pelos mecanismos de segurança.²³⁰

²²⁶ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 309.

²²⁷ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 310.

²²⁸ Vale ressaltar as palavras de Durkheim em que “toda argumentação do sindicalismo revolucionário – e aqui, de Largadelle – se apoia nesta ideia: o operário é exclusivamente um produtor. Ora o operário reduzido ao produtor é uma abstração. Existe uma vida intelectual e moral na qual o operário participa. É igualmente impossível não tomar parte nela ou não respirar o ar ambiente. Dizer que o operário é apenas um produtor, é fazer o erro dos velhos economistas, é restaurar a velha noção de ‘*Homo oeconomicus*’. Vale ressaltar, é sobre uma espécie de revitalização do ‘velho’ *Homo oeconomicus* que a biopolítica irá incidir buscando integrar (ou atribuir valor econômico) justamente o que está fora da esfera do ‘produtor’”. Ver em DURKHEIM, Émile. *A Ciência Social e a Ação*. Tradução de Inês Duarte Ferreira. São Paulo: Difel, 1975, p. 256.

²²⁹ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, 2004, p. 258.

²³⁰ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, 2002, p. 237.

O “*homo œconomicus*” é o corpo convertido em empresário de si mesmo, sendo que é ele seu próprio capital e seu próprio princípio de investimento. Pode-se dizer até, que dá saudade do tempo em que o “*homo œconomicus*” era convertido em força de trabalho ou mão-de-obra, pois em um mundo neoliberal resta apenas a responsabilidade que é pessoal pelo investimento no seu capital.

O que o corpo sob o impacto de neoliberalismo mostra é a eficiência do controle por meio da necessidade de gerar renda, de gerar lucro, de gerar satisfação, não pela exploração dos objetos a ser consumidos, mas do consumo imediato e exaustivo do próprio corpo. Um corpo modelado, construído e fabricado como investimento de si para si. Eis que não são mais necessárias as enormes instituições de sequestro e disciplinação do corpo, pois o próprio mercado, pois a própria necessidade de fazer render coisifica a “competência-máquina” que somos todos nós. A responsabilidade não é mais da instituição, do governo ou do Estado, mas interiorizada em uma política de perdas e ganhos da administração pessoal de sua renda. Um bom gestor é aquele que rende seu corpo sob os aportes de sua satisfação e habilidade para o consumo. Sob o neoliberalismo, tornamos-nos pastores de nós mesmos.

É a época dos corpos malhados, saudáveis, inteligentes, bem-sucedidos, ricos e, sobretudo, consumidores. Consumidores de tudo e de qualquer coisa ou pessoa capaz de agregar ainda mais capital humano a sua herança.

Eis que, segundo Foucault, uma dos aspectos mais interessantes de ser analisados sobre o “*homo œconomicus*” são as formas de transmissão de herança gestadas mediante a emergência do capital humano. Durante muitas décadas, o baluarte da transmissão da herança (legalizada pelos códigos civis) é a transferência de patrimônio (físico) na forma de bens e de valores para os herdeiros. Quanto maior a herança maior a riqueza daquele conjunto familiar e maior era a valorização da “herança” perante a sociedade. Em uma sociedade em que a “riqueza” deixa de ser a acumulação para se tornar a capacidade de consumo, a noção de transmissão de patrimônio se converte na transferência de um bom “capital humano”²³¹.

O capital humano desenhado pelo neoliberalismo é composto, segundo Foucault, por um conjunto de elementos inatos e adquiridos. Elementos inatos são aqueles oriundos do nebuloso e do inquietante tema da abordagem hereditária (biológica) da vida. São os elementos herdados que fazem de um corpo um melhor

²³¹ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 312.

investimento que outro, que transforma a transmissão hereditária de características valorizadas economicamente vantajosas para determinados grupos humanos fazer render seus corpos. É a tecnologia racial da biopolítica incorporada a uma gestão econômica de maior rentabilidade. Nesse sentido, a raça pura não é mais a raça perfeita (ideal, de um ponto de vista ideológico ou de um racismo de Estado), mas aquela capaz de produzir o maior capital humano possível, capaz de render mais, melhor e eficientemente²³².

É assim que as análises genéticas deixam o campo dos pesadelos da ficção científica para encontrar nos riscos, nas probabilidades e nas perdas e ganhos, um princípio de investimento econômico rentável e viável. Investimento em saúde pública? Como? Quais são as chances de uma pessoa viver? Quanto custa manter viva uma pessoa? Quanto custa deixar viver várias outras? Qual é o custo de manter vivo alguém que tem poucas chances de ter uma vida rentável? Quanto custa a vida humana?

A “herança genética” é um dos mais constrangedores episódios da tomada econômica do corpo, quando se converte em princípio de investimento de capital humano. Uma “boa genética” passa a figurar como um sinônimo de ser saudável, de ser rentável, de correr menos riscos ao longo de sua existência, e, principalmente, de ser um bom consumidor. Daí, toda a construção social em torno da preservação de uma boa “genética” para adultos e, principalmente, para crianças, pois o melhor investimento dos pais, sua melhor “herança”, é a transmissão de um bom corpo que irá render muito como condição de sucesso pessoal e financeiro. Testes genéticos, vacinas suplementares, vigilância médica acentuada, tratamentos para crescer, tratamentos para emagrecer, ganhar força muscular, ficar bonito, ter uma boa pele, um bom cabelo, um bom coração, ser forte, sem doenças. O arsenal para esculpir o corpo rentável é enorme e não para de crescer. Seu grande alvo: “*homo œconomicus*” capitalizado.

Nesse contexto, a abordagem da sexualidade humana também se converte em uma ordem de rentabilidade e de consumo. O sexo é um princípio de investimento poderoso e fundamental para a transmissão de uma boa “herança” genética. Eis que o

²³² FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 313.

sexo passa a ser controlado de perto pela economia neoliberal. Se o corpo é a garantia de renda, o sexo é tratado como mais um instrumento a ser investido e consumido pelo corpo.

O bom sexo faz render prazer, satisfação e, ainda, se feito conforme as regras de investimento, bons casamentos e bons filhos. Daí a intensa preocupação do Estado em regular, controlar e regradar o sexo dentro de limites economicamente aceitáveis. Por exemplo, o sexo na adolescência. Do ponto de vista da rentabilidade, o sexo na adolescência não é um bom investimento, pois pode conduzir os corpos em formação a desvios indesejáveis à rentabilidade, como doenças (venéreas, o grande pecado biopolítico) ou a uma gravidez indesejada (um medo de atrapalhar a formação e as oportunidades de vida e de ganho destes jovens). Talvez, por isso, a “educação” sexual nas escolas seja um tema tabu até nossos dias, uma vez que educar para o sexo é sinônimo de avisar nossos jovens do perigo de relações sexuais fora de “hora” ou de buscar bons “parceiros” e em nenhuma hipótese o sexo casual (ou com desconhecidos). Eis aí a importância central que os programas de saúde pública assumem no contexto biopolítico, especialmente relacionados ao sexo²³³.

O sexo como investimento no próprio corpo: as relações sexuais passam a ser lidas pelas grades de uma economia em que “ceder pouco para ganhar muito” em um mercado arriscado e muito competitivo. Para além do sexo profissional, já organizado e explorado mediante a elaboração de “empresas do sexo”, cada corpo carrega em si sua própria empresa. A busca pela saúde, a exaustiva exclusão dos “doentes venéreos”, a valorização da virgindade e das formas sexuais e a intensa sexualização da infância, são apenas exemplos do rentável mundo da sexualidade comercializável em que o sexo também faz parte de um mercado de corpos onde a eficiência, a qualidade e o lucro são sincronizados para produzir a maior satisfação possível sob a responsabilidade individual do “*homo œconomicus*”.

O bom sexo aparece assim: como um investimento arriscado, mas com uma possibilidade de satisfação. De seres desejantes de sexo, convertamos-nos em capital ardente para consumir sexo, de outros e de nós mesmos. Talvez aí encontremos um

²³³ No Brasil, destaca-se os programas de saúde pública como DST/AIDS. Outro importante programa de saúde versa sobre a vacinação de jovens em idade “sexual” contra doenças sexualmente transmissíveis como a hepatite.

elemento ainda não quantificável pelo neoliberalismo, pois se é necessário muito investimento para formar uma “competência-máquina”, o sexo deve se fazer presente carregando consigo ainda parte de um desejo não controlável e que coloque em xeque sua tão esperada rentabilidade.

Outro importante fato destacado por Foucault sobre o capital humano são os elementos adquiridos. Para além dos “inatos”, faz parte do princípio de investimento sobre o corpo uma série de estratégias e de investimentos adquiridos pelos corpos ao longo de sua vida. Há mais do que transmitir uma “boa herança” genética para garantir a renda, são necessários ainda um bom investimento em educação, formação profissional e intelectual e, especialmente, um investimento afetivo²³⁴.

Os pais - mais do que transmitir uma “herança” patrimonial e genética - são os responsáveis por realizar investimentos culturais e intelectuais nos filhos, cujo objetivo é torná-los competitivos e valorizados no mercado de trabalho futuro. Não basta ao bom corpo ser saudável, é preciso saber falar idiomas, dominar bem as disciplinas escolares, ser um bom esportista, se alimentar de forma adequada, ser um bom filho, um bom colega, estudar em uma escola ou uma universidade de excelência, ter relações com gente de “bem” ou igualmente bem formada e, sobretudo, militar bem nas regras aceitáveis de sedução.

O discurso biopolítico de controle nos faz educar nossos filhos para serem bons empresários deles mesmos, para fazer um bom uso de suas potencialidades inatas e adquiridas transformando-as em algo rentável, para o seu próprio bem.

Aliado aos investimentos educacionais há os investimentos afetivos depositados nos corpos humanos. O “*homo oeconomicus*” é a justa medida economicamente viável de afetos dedicados pelos pais; afinal, muito afeto pode fragilizar o corpo e a falta dele pode traumatizá-lo. Muitos filhos podem diluir o capital humano, poucos filhos podem potencializá-lo. Mas, como o investimento dos pais pode gerar renda? Para os neoliberais, gera uma renda psíquica, pois haverá a satisfação dos pais em cuidar dos filhos e ver que eles se tornaram pessoas de sucesso e de o filho se potencializar as

²³⁴ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 314.

chances de obter sucesso²³⁵. Uma relação em que todos saem ganhando e, ademais, consumindo.

Nessa linha, o sexo ganha toda sua conotação de investimento: um investimento genético, econômico e afetivo. Sua rentabilidade: bons filhos, uma boa satisfação, um bom afeto. Sua consequência é a possibilidade de fazer seu corpo uma melhor máquina, de mais qualidade e por mais tempo. Na dinâmica de custo e benefícios, o bom sexo aparece como um investimento certo, porém (certamente) de risco. É o que faz que a biopolítica se interesse tanto por controlá-lo, pois na exata medida do controle podemos identificar suas resistências, seu prejuízo ou seu dano. Dessa forma, podemos entender que, além de um capital humano, é possível também pensar em um capital sexual valorizado no mercado dos corpos biopolíticos. Um capital sexual que entrará em questão no interior de uma justiça punitiva. E desse jogo entre custo e benefício do sexo e preço pago por ele que trataremos no decorrer deste trabalho.

Outro importante aspecto a ser tematizado sobre as transformações neoliberais são as teorias de criminalidade ou da delinquência. Para Foucault, a compreensão da criminalidade e do funcionamento da justiça penal no interior do neoliberalismo se reveste da preocupação com a “intervenção sobre o mercado do crime”. A lei penal, as técnicas penitenciárias e o próprio sujeito culpável são apreendidos pela racionalidade de mercado e transformados em capital no interior de um sistema de “perdas e ganhos”²³⁶.

A noção de crime se expande da estrutura legal do código como uma proibição negativa de uma conduta e sua pena correlata, para ser mais bem definida como “toda a ação do indivíduo que faz com que este corra o risco de ser condenado a uma pena”.²³⁷ É justamente a existência de um fator de risco, de uma probabilidade passível de ser medida ou levada em conta pelo indivíduo que denuncia o “*homo oeconomicus*”. Nessa nova economia subjetiva biopolítica, o indivíduo não deixa de cometer o crime com medo da aplicação da pena, mas por meio da realização de um cálculo dos riscos

²³⁵ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p.335.

²³⁶ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p.345.

²³⁷ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, 2002, p. 237.

de ser preso. O crime compensa quando há pouco risco de ser pego pela polícia ou, se for pego, pelo risco de ser condenado pela justiça e, se condenado, pelo risco de cumprir pena²³⁸.

Conceber o crime como um fenômeno econômico é inseri-lo no mesmo critério de mercado. O sistema penal “mercadológico” irá se preocupar com a seleção de condutas culpáveis que produzam tantos efeitos penais quanto econômicos, o que, segundo Fonseca, implica a “escolha de condutas que produzem ações das quais os agentes esperam um lucro e pelas quais são afetados por um risco especial, um risco cuja perda econômica desdobra-se também em uma consequência penal”.²³⁹

É a consolidação de um sistema penal que reage a uma espécie de “oferta do crime”, em que o lucro é maior quanto menor o risco da ação. E nessa “oferta de crime”, os próprios aparelhos de repressão estatal como a polícia especializada, os rastreadores, o bloqueio de celulares, a parafernália tecnológica e os elementos humanos (policiais ou de “inteligência”) são parte desse mercado atuando como uma espécie de instrumento de regulação. É justamente entre as políticas de combate à criminalidade e o mercado do crime que se estabelece a “oferta do crime”. A pena, no contexto neoliberal, deixa de ser pensada como o instrumento de reparação ou de ressocialização do criminoso, para integrar um tipo de política penal mais interessada na “intervenção e na regulação do mercado do crime” do que no desaparecimento do crime e do criminoso.

A função econômica do crime irá atingir a própria atuação do governo. O governo e suas políticas públicas estão intrinsecamente relacionados à regulação desta “oferta de crime”. Em grande medida, para um governo em que também impera a racionalidade econômica pouco importa a diferença entre um homicídio premeditado e uma infração de trânsito. Em matéria dos custos econômicos governamentais ou do critério de eficiência do sistema penal, tais infrações (penais ou administrativas) representam a mesma conta. O assassino ou o sonegador de impostos tem o mesmo

²³⁸ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 346.

²³⁹ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, 2002, p. 237.

custo penal. O governo trata os riscos inerentes à atividade criminosa do mesmo modo que os riscos do investidor no mercado de ações²⁴⁰.

Sob a demanda neoliberal, o Estado, como governo dos homens, atua sobre o crime ou a criminalidade na forma de uma política criminal não mais tão interessada na questão de “como” punir o crime (semelhante à mecânica legal e a disciplinar), mas antes, em determinar aquilo que é preciso tolerar como crime, “o intolerável tolerar” como crime. A política criminal neoliberal requer, portanto, uma certa elasticidade para trabalhar as demandas da criminalidade e o mercado do crime. Uma flexibilidade de atuação porque as demandas desse mercado são também bastante flexíveis. Nesse sentido, segundo Foucault, uma política repressiva de combate à criminalidade ou de endurecimento das leis penais e suas penas estaria simplesmente fadada ao fracasso²⁴¹.

Resta lembrar a importante noção de “normalização biopolítica” destacada por Foucault, uma vez que pela economia de “ilegalismos” neoliberal, a criminalidade tolerável é aquela que se aproxima da curva de normalização²⁴². Qualquer atuação do governo na forma de políticas criminais só tem razão na medida em que há uma alteração dessa curva, quando há uma alteração na normalidade tolerável do crime, quando há uma desregulamentação do mercado do crime, por fim, quando estamos diante de um fenômeno de crime.

Um exemplo da tomada por uma economia neoliberal do fenômeno da criminalidade está na questão dos crimes sexuais. Se o corpo se investe a uma tecnologia produtora de renda e de lucro, o sexo se torna parte de uma economia punitiva também pautada em perdas e em ganhos. O clássico exemplo da exploração a sexual - seja por meio da prostituição, seja pela escravidão sexual - é a mercantilização do sexo que se destaca na criação de um mercado de “ilegalismos” que opera segundo a mesma racionalidade econômica neoliberal. Sob o aporte da exploração da prostituição, o aumento do lucro está ligado à oferta da demanda por sexo, ao

²⁴⁰ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, 2002, p. 237.

²⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 348

²⁴² FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2008, p. 349.

barateamento de seus custos e à incidência mais ou menos grave de repressão do Estado.

Aumentando o custo, quem lucra são os exploradores desse comércio do corpo, uma vez que seu consumo é “inelástico”, ou seja, não importa quanto é o custo, pois sempre interessará ao consumidor. Daí porque, o mercado do crime é sempre alimentado, desencadeando um fenômeno de aumento da criminalidade. O endurecimento da lei não faz diminuir o consumo, mas favorece as empresas do crime que passam a controlar a exploração sexual obedecendo à lei de oferta e de demanda.

Em paralelo à exploração sexual, seguem-se às violências conexas sobre e para o corpo: a violência sexual (estupros), a violência corporal (lesões corporais de todos os tipos), a violência patrimonial (exploração patrimonial) e até o homicídio são exemplos de “investimentos” sobre o corpo explorado pelo comércio do sexo.

Essa é uma das razões que fazem da exploração sexual um dos comércios ilícitos mais lucrativos do mundo. A exploração do corpo sexual se faz barata, uma vez que a alta demanda por corpos é continuamente abastecida por milhares de jovens captados nos rincões de pobreza do “mundo em desenvolvimento” que são conduzidos à servidão por seu “cafetão”, que fazem render à exaustão o corpo escravizado e barateado do comércio sexual. Para os milhares de corpos escravizados para o sexo, o investimento no corpo é relativamente barato: basta haver um corpo. Os riscos são assumidos por uma estratégia empresarial de captação, logística, distribuição, propaganda e vendas, realizadas ilicitamente, mas sob os olhos fechados de um governo sobre a vida, uma vez que a própria corrupção é incorporada como despesa “irretocável” deste negócio.

É no corpo sexual que as fronteiras entre o sexo lícito e ilícito se aproximam quando tal investimento é orquestrado em uma ordem de consumo. O sexo, para além do pecado, do patológico e do imoral, em uma tecnologia econômica se torna algo consumível à mercê de um princípio de investimento e de lucro. Sua criminalização passa então obedecer ao princípio do “intolerável tolerar como crime”, sobrando à esfera do crime sexual as práticas e as condutas não rentáveis sobre o sexo ou aquelas extremamente rentáveis a uma economia ilegal alimentada pelo mercado da legalidade. Na ponta deste iceberg, resta a violência contra o corpo transformado em

mero valor econômico, que quando “usado e abusado” deixa de dar lucro, conduzindo ao prejuízo. O sexo sem valor e os corpos sem investimento são derradeiramente conduzidos ao signo neoliberal: o esgotamento da “competência-máquina”, sua descartabilidade e sua culpabilização. Talvez, o final deste “investimento” seja sua exceção.

Eis aí um dos aportes do controle biopolítico e neoliberal do corpo sexual em que o sistema penal, sob a lógica atuarial, irá se preocupar. Autores como Wacquant, Simon e Feeley apontam para o destaque que tal criminalidade passa a ter em um sistema penal voltado para a análise dos riscos e de custo-benefício. Ao lado de temas como a imigração ilegal, o terrorismo, o crime sexual ou, precisamente, o “*sexual predator*” emerge na lógica atuarial como um espaço privilegiado na seleção dos corpos considerados perigosos e descartáveis.

Destacam Simon e Feeley, que o crime sexual, dada sua “natureza”, apresentou ao longo dos anos um número variado de respostas²⁴³. Interpretado como pecado, doença, imoralidade ou ofensa aos costumes (como em nossa legislação), o crime sexual em um contexto de populacional ou de “multidão” é também entendido em termos de risco. Um risco produtivo, uma vez que conduz à organização de um aparelho de vigilância e informação sobre os infratores.

Diante disso, sobre ele, tanto pela natureza da ofensa, a história pessoal do ofensor quanto pela disponibilidade de tecnologias consumíveis de vigilância e de controle (que traz a possibilidade de vigilância de pessoas libertadas ou em liberdade condicional), passa a operar uma avaliação de risco adotada por todo sistema social, incluindo os meios de comunicação social e da opinião popular, que conduziram a uma análise de risco mais grave provocando uma reação em cadeia por controles cada vez mais rigorosos e estendidos. É o paradoxo da Lei de Megan²⁴⁴ nos EUA em que sob

²⁴³ SIMON, Jonathan & FEELEY, Malcolm M. *The Form and Limits of the New Penology*. In: Punishment and Social Control. Enlarged Second Edition. New York: Aldine de Gruyter, 2003, p. 98.

²⁴⁴ Retirado da página on-line do “State of Califórnia Departament of Justice”, disponível em <http://meganslaw.ca.gov/homepage.aspx?lang=PORTUGUESE> (acesso em 16 de abril de 2012). Sobre a Lei de Megan (em tradução do próprio site): “Una nova lei da Califórnia, Assembly Bill (proposta de lei) 488 (Nicole Parra), patrocinada pelo Procurador Geral do Estado, agora fornece informações detalhadas sobre os delinquentes sexuais cadastrados ao público que tem acesso à Internet. Este acesso expandido permite pela primeira vez que o público use seus computadores pessoais para ver informações sobre os delinquentes sexuais obrigados a cadastrar-se com as agências de segurança

uma perspectiva de risco, o infrator dificilmente vai ser avaliado na categoria “baixo” e assim escapar dos mecanismos de informação e controle²⁴⁵. Portador de um “alto” risco de cometer a infração ou reincidir nela ou apenas por residir próximo ou frequentar locais de vítimas em potencial, o criminoso sexual tem sua vida governada pela gestão do risco.

Nesse sentido, é possível pensar o crime sexual mediante uma espécie de *gestão penal do sexo*. Uma gestão, pois trata-se da incorporação do tema da sexualidade ao Direito Penal no interior dos controles estatais, sociais e econômicos delineados sobre o discurso da “proteção” da produção de um “corpo-população” mais rentável. Uma gestão, pois o próprio crime sexual passa a ser enquadrado como uma estratégia governamental de seleção e de controle dos corpos que poriam em “risco” tal multidão. Uma gestão, porque passa pela economicização do corpo e do sexo, atingindo as categorias do Direito Penal: criando crimes, definindo penas, descriminalizando condutas, expandindo mecanismos de vigilância e de policiamento,

pública locais de acordo com a Lei de Megan da Califórnia. Anteriormente, as informações eram disponíveis somente através de visitar as delegacias de polícia e do sheriff ou através de fazer uma ligação interurbana a um número 900. A nova lei foi finalmente promulgada pela Legislatura no dia 24 de agosto de 2004 e o Governador assinou-a no dia 24 de setembro de 2004. Por mais de 50 anos, a Califórnia tem requerido que os delinqüentes sexuais se cadastrem com as agências de segurança pública locais. Porém, as informações sobre o paradeiro destes delinqüentes sexuais não era disponível ao público até a implementação da Child Molester Identification Line (Linha para a Identificação dos Abusadores Sexuais de Menores) em Julho de 1995. As informações disponíveis foram expandidas ainda mais após a Lei de Megan da Califórnia em 1996 (Capítulo 908, Stats. de 1996). A Lei de Megan da Califórnia fornece certas informações ao público sobre o paradeiro de delinqüentes sexuais para que os membros das nossas comunidades locais possam proteger-se e seus filhos. A Lei de Megan obteve seu nome em homenagem a Megan Kanka, uma menina de Nova Jersey de sete anos de idade que foi violentada e morta por um conhecido abusador sexual de crianças que havia mudado em frente à casa da família dela sem o conhecimento deles. Na esteira da tragédia, os Kanka procuraram mandar que as comunidades recebessem avisos sobre os delinqüentes sexuais residindo na vizinhança delas. Agora todos os estados nos Estados Unidos têm uma forma da Lei de Megan. A lei não tem a intenção de punir o delinqüente e especificamente proíbe o uso da informação por fins de assediar ou cometer qualquer delito contra o delinqüente”.

²⁴⁵ Segundo SIMON & FEELEY, “Because of the nature of the offense, the history of the offender, and the availability of technologies, continued surveillance of those released (and lest in some instances in some jurisdictions, continued civil-like detencion for those who have completed their sentences) can be framed as a rational response to an assessed risk. Clearly, one of the reasons that the idea of risk assessment in such situations is so widely embraced in the mass media and popular opinion is that invariably the risk analysis leads to more and more stringent controls, not fewer. Megan's law-like provisions are one-way streets, leading to more stringent controls. Rarely if ever will offender be assessed as low risks, and thus escape these “additional” notification and reporting requirements”. SIMON, Jonathan & FEELEY, Malcolm M. *The Form and Limits of the New Penology*. In: Punishment and Social Control. Enlarged Second Edition. New York: Aldine de Gruyter, 2003, p. 98-99.

culpabilizando e medicalizando corpos no interior de sua função punitiva atrelada a política de custos e benefícios. Uma gestão penal do sexo cuja trajetória se investe sobre a seleção das “carnes úteis das inúteis”, em que o Direito Penal se reafirma como instrumento das políticas penais segregacionistas encontrando a função de gestor do “risco” para a vida humana produtiva. Uma gestão penal do sexo que será descrita nas páginas seguintes deste trabalho.

2.1.3. A gestão penal do sexo: *a criminalização da agressão à carne útil e a culpabilização da carne inútil*

Freud em um pequeno texto titulado “*A Vida Sexual dos Seres Humanos*” já apontava para a existência de um “erro de superposição” no estudo da sexualidade humana, ou seja, como deixamos de perceber (muito propositalmente) em nosso olhar para a sexualidade, a tendência (inconsciente) de ver e de acreditar nas suposições culturais e morais que nos foram repassadas. Trata-se da compreensão de que a sexualidade humana oscilava entre os limites estabelecidos pela moral, pela religião e os limites da família patriarcal burguesa, o que denunciava uma espécie de dissociação entre o sexual e a corporalidade humana. O “sexual” foi tematizado como uma questão moral e social, pouco relacionado às vicissitudes do discurso erótico e dos corpos dos sujeitos. Constituiu o fundamento de certa compreensão restrita da sexualidade que deixava de lado (propositalmente) outra dimensão do “sexual” - a prostituição, a pornografia, o feminino, o masculino, a infância, a homossexualidade e até mesmo a prática sexual com a finalidade pura e simples de obtenção do prazer ou outros atos eróticos como as carícias corporais e o beijo – considerada um “desvio” produzido por qualquer espécie de anomalia psíquica ou social.

À luz de uma disciplina corporal, Foucault apontou para a formação da dicotomia “normal-anormal”²⁴⁶ que possibilitou uma divisão de classes de indivíduos mediante sua relação com o corpo e seu sexo: de um lado, os sujeitos “normais”, moralmente responsáveis como os pais e as mães de “família”, cumpridores dos preceitos sociais e

²⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Os anormais* (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

religiosos; de outro, os “desviantes”, aqueles cujo comportamento sexual não obedecia aos preceitos morais instituídos. E para os “desviantes”, para aqueles que reconheciam o “sexual” para além dos preceitos morais, há três soluções conhecidas: o pecado, o tratamento médico ou a prisão.

Emprestando o aviso de Freud sobre as “superposições” sobre o sexo, podemos observar a dinâmica de saberes e de poderes que integram os discursos de controle produzidos na sociedade. Em um mundo em que o corpo sexual é atravessado como um lugar de consumo e de rentabilidade, o Direito Penal reafirma sua função de punir o mais eficientemente possível aquele cuja transgressão põe em “risco” uma política de controle de população rentável. Sob a biopolítica, o Direito Penal é chamado como instrumento de controle sobre a vida humana em um Estado racionalizado a partir de uma lógica econômica. Um Direito Penal cuja eficiência passa ser medida por sua estratégia “atuarial” de intervenção sob a multidão em risco “produtivo” e de “consumo”.

Nesse sentido, no cerne da formação de um Estado Penal sob a lógica atuarial, o sistema penal é transformado em uma espécie de sistema de segurança. As estratégias punitivas são englobadas a um sistema de gestão econômica geral, em que o discurso da “segurança” entoa quaisquer tipos de ação de controle social²⁴⁷.

Sob o signo da segurança, o sistema punitivo cresceu, e uma análise mais apressada poderia concluir que tal crescimento parece desorganizado, caótico ou apenas produto da incompetência do Estado. No entanto, o crescimento e o endurecimento do sistema penal não estão assentados em uma sociedade que está ficando mais “perigosa”, e sim no reconhecimento das alterações nas próprias

²⁴⁷ Tal abordagem do sistema de justiça penal e do Direito penal sob a biopolítica são encontradas de forma distintas na obra de Foucault. No curso *A Defesa da Sociedade*, o discurso penal emerge relacionado com o uso do racismo como uma estratégia de poder e controle sobre a “vida” de uma população. E nos cursos *Sécurité, territoire, population* e *Naissance de la Biopolitique*, a criminalidade e o funcionamento da justiça penal são analisadas por meio da abordagem do poder econômico, da economia regendo o poder sobre a “vida” nas sociedades neoliberais. Nas duas obras, a criminalidade é apropriada pela biopolítica tornando-se uma questão do “governo dos homens”, de gerência da vida humana no interior do corpo populacional. Tais questões referentes ao governo dos homens passam a depender de uma nova racionalidade de poder: a economia. FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; *Sécurité, territoire, population*. Cours au Collège de France (1977-1978). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004; *Naissance de la Biopolitique*. Cours au Collège de France (1978-1979). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004.

estratégias de controle e de utilização da vida humana como bem político e econômico, agora interpretados mediante a introdução de fatores de risco²⁴⁸.

Conforme Foucault, os mecanismos de segurança vão atuar sobre as mecânicas punitivas da seguinte forma: *primeiro*, pela introdução dos mecanismos legais penais da “ordem legal penal”, em uma ordem cada vez maior: em uma “ordem de segurança”. Não se trata, portanto, de acabar com a lei, mas antes inflacioná-la, criar e expandir no interior dos restritivos Códigos Penais uma série de medidas legislativas, decretos, regulamentos, novos tipos de crimes, normas em branco, ou seja, a formação de um sistema legal cada vez mais abrangente e de conteúdo cada vez mais abstrato. Proporcionar uma “massa” legislativa, em que não bastaria tipificar o *estupro* mas discriminá-lo nos detalhes, como quem são as vítimas, as diferenças de tratamento, se o *estupro* é cometido por criança ou adolescente, se é cometido durante o dia ou a noite, o estado mental do criminoso, sua culpabilidade no momento do fato, sua vontade, entre outras.²⁴⁹

Segundo, a inflação da mecânica disciplinar. Se há verdadeira proliferação de leis penais, há o respectivo aumento dos mecanismos de vigilância e correção, capazes de absorver essa nova demanda de criminalização.²⁵⁰ Cria-se a expectativa social - sempre frustrada - de novos aparelhos institucionais, de novos mecanismos de correção, de novas teorias sobre a disciplina e o condicionamento dos indivíduos, e agora, de novas drogas medicinais, de novos exames, de novas análises de comportamento. É a necessidade, maior do que nunca, de promover a normalização do indivíduo em uma estrutura mental saudável ou procurar a cura da patologia psíquica em novas ciências do homem. Os mecanismos de segurança longe de fazer desaparecer as estratégias legislativas ou disciplinares vão proporcionar o enquadramento delas em sua estratégia, cujo objetivo é multiplicar seus efeitos e atingir um efeito global, massificante, populacional.

²⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, 2006, p. 19-20.

²⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, 2006, p. 22.

²⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, 2006, p. 23.

Essas estratégias de segurança estão atreladas a uma questão de fundo econômico pautadas pela “*racionalidade gerencial atuarial*”, destacada por De Giorgi. A estratégia de segurança passa a estar vinculada a relação econômica entre o custo da repressão e o custo da delinquência. É assim que a penalidade sob o impacto dos mecanismos de segurança passa a ser compreendida além do ordenamento da lei e além da estratégia de vigilância e correção do indivíduo. É compreendida dentro de um sistema de controle social cuja função é provocar alguma modificação ou atuação no destino biológico do corpo-espécie, do corpo-população.²⁵¹ Um exemplo destacado por De Giorgi é a questão da criminalização da imigração como um fator em evidência em países como os EUA e na Europa.

Assim, se toda criminalidade tem um custo econômico, caberia às estratégias de segurança conhecer esse custo e calculá-lo mediante um limite aceitável. Não se trata de construir mecanismos punitivos de exclusão social ou de reabilitação do criminoso, mas de procurar estabelecer um limite razoável de tolerância da criminalidade. Mediante a “normalização” biopolítica (e do conhecimento dos fatores de riscos, das estatísticas criminais) é possível construir a curva de normalização do crime e

²⁵¹ O fenômeno da criminalidade sob a biopolítica pode ser identificado, segundo FOUCAULT, “na reorganização do espaço da cidade (do espaço social) como um espaço de circulação de homens, bens e produtos e da visualização da vida populacional, da fiscalização dos hábitos, do controle e da gestão da vida. Tal tipo de ordenamento espacial demanda a organização de um tipo de aparelho policial cujo objetivo é promover a vida a partir do controle sistemático da higiene, da saúde, da segurança pública. Os mecanismos de segurança promovem o surgimento de um novo tipo de criminalização dos hábitos de vida, de higiene, de saúde populacional. Novos crimes são agregados aos já “tradicionais” tipos legais, formando essa espécie de inflação legal da tipicidade penal. Como exemplo está a tipificação de crimes contra a saúde pública, contra a administração do Estado ou contra a economia popular. Aliadas a essa nova “economia da ilegalidade” estão a formação de saberes sobre a criminalidade, saberes demográficos e estatísticos, capazes de promover a identificação no espaço social daqueles grupos mais ou menos sujeitos ao crime, bem como que tipo de crime é mais praticado e sob quais circunstâncias possibilitam pensar o fenômeno da criminalidade a partir de cálculos probabilísticos, em função de acontecimentos ou de séries de acontecimentos ou elementos aleatórios que devem ser acondicionados ou regularizados por um marco polivalente e transformável. Afinal, que tipo de meio é mais suscetível à criminalidade? O meio aparece como um campo privilegiado de atuação e intervenção biopolítico, pois ao invés de afetar os indivíduos como um conjunto de sujeitos de direito capazes de ações voluntárias (como na soberania) ou de afetá-los como uma multiplicidade de corpos adestrados (como na disciplina), ele irá afetar uma população, ou seja, uma multiplicidade de indivíduos que existem e estão profundamente ligados por uma relação biológica, de espécie. É através do meio que uma série de acontecimentos, como o crime, produzidos por indivíduos ou pela população acaba sendo implicada com fenômenos naturais, como exemplo: qual é a relação entre o fator clima e a criminalidade? Países mais quentes têm maior incidência criminológica? Qual a relação entre a taxa de divórcios e a criminalidade?” FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, 2006, p. 22-23.

eficientes estratégias de controle da criminalidade²⁵². É assim que a gestão penal do crime se torna administrável na lógica atuarial.

Eis a diferença fundamental entre as normalizações disciplinares e a biopolítica sobre a criminalidade: pela disciplina, a normalização atua sobre o criminoso visando à sua recuperação; pela biopolítica, trata-se de conhecer a criminalidade como um fator de atuação sobre a população com a finalidade de mantê-la em níveis considerados normais. Portanto, não se trata de recuperação do criminoso, mas de controle da criminalidade. E quando há alguma alteração nessa curva de normalidade, enfim, quando se alteram as proporções “normais” da criminalidade, aparecem os mecanismos de segurança atuando para restabelecer o controle social mediante a intervenção na redução de seus níveis a patamares “toleráveis” pela economia de custos.

E se o problema da criminalidade interfere na gestão populacional, ele também se tornar uma questão do Estado como o “governo dos homens e das coisas”. Controlar a criminalidade, reduzir os fatores de risco da população, estabelecer metas de segurança pública, reduzir os custos da criminalidade e da punição ou delimitar políticas públicas de policiamento das populações vulneráveis, se tornam preocupações da “governamentalidade” do Estado²⁵³.

Não que o sistema punitivo tenha deixado de ser identificado como o “braço forte” do poder estatal ou como o exercício do poder de morte do soberano. Todavia, sob a biopolítica, outras estratégias de “segurança” são incorporadas pelos mecanismos de controle social refletindo no Direito Penal.

A expansão do sistema penal obedeceria, portanto, à regra da expansão capitalista: expandir a ordem econômica para bens, valores ou condutas, antes tido como não econômicos. E expandir o sistema legal para proteger os bens econômicos necessários à produção social. Nessa linha, o sexo pode fazer sua entrada na ordem dos bens como um produto a ser rentabilizado que pertence à dimensão da vida humana como capital e como princípio de investimento. Seria possível equacionar

²⁵² FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, 2006, p. 20-21.

²⁵³ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, 2006, p. 24.

nossa relação com o sexo em torno do pecado, da moral, dos costumes ou da doença, mas sob o impacto do capital humano, o sexo se torna um bem economicizável. A estratégia de segurança pode assim ser desenhada: ao atribuir valor econômico a novos bens, a lei penal também deve se expandir para acompanhar as novas necessidades de criminalização dos novos bens jurídicos tutelados.

A prostituição, o aborto, o estupro, o rapto, a pornografia, a transmissão de doenças (venéreas), a pedofilia, a exploração sexual ou o abuso de crianças e de adolescentes, são responsabilidade de um poder de governo interessado em promover a vida mediante uma sexualidade adestrada e controlada, agora incorporada em uma dinâmica de perdas e ganhos. O corpo sexual deixa seu enraizamento na carne individual para se amoldar a uma estratégia governamental. A lei penal se desdobra sob essas regras: ao deixar de olhar prioritariamente para o corpo e o desejo, volta-se para proteção e manutenção do poder sobre a vida. Se há um bem jurídico penal a ser tutelado no discurso jurídico sobre o crime sexual, ele se volta ao “fazer viver” biopolítico.

Desse modo, podemos identificar o traçado de um modelo de *gestão penal do sexo*, cujo foco é o controle sobre a vida humana mediante o desvelando novos sujeitos, novas responsabilidades e novos crimes. Sobre o crime sexual são atribuídos, além da esfera das imoralidades religiosas e da honra patriarcal, outros mecanismos de controle pautados pela gestão econômica da vida, pela biopolítica. O crime sexual faz sua entrada na pauta política de governo e nos dissabores de uma população selecionada pela fragilidade de sua “carne”. Nesse sentido, um Direito Penal sobre o sexo pode ser pensado mediante duas vertentes de análise:

- 1. A criminalização da agressão à carne útil;**
- 2. A culpabilização da carne inútil.**

Em relação à primeira vertente: **a criminalização da agressão à carne útil**, o esforço de criminalização recai sobre o atentado a qualquer tipo de carne considerada útil ao sistema de poder. Para as carnes transfiguradas em capital humano, o sistema penal é chamado como instrumento de punição de sua agressão: o corpo laboral da mulher, o corpo infantil, o corpo em desejo que faz consumir ou a exploração ilícita do corpo sexual são considerados investimentos importantes demais para serem

consumidos pela violência sexual depredatória do corpo. São corpos importantes à lógica biopolítica da vida cujo aporte é o fazer viver. Como a violência sexual agride e viola justamente a possibilidade de “fazer viver” o corpo, a brutalidade da repressão penal elege suas novas “vítimas” a ser vingadas: a agressão sexual contra os corpos úteis se torna um crime cada vez mais atroz e cada vez mais punido.

Isso, entretanto, não significa um aumento expressivo das punições penais. Pelo contrário, a seletividade do sistema penal sob a lógica econômica o faz trabalhar apenas para a eficiência do próprio capital. Nesse sentido, o endurecimento da criminalização versa somente sobre os atentados de alguns corpos, deixando à sombra da *cifra negra* milhares de violências sexuais contra corpos que não valem nada. Nessa linha, são organizados pelas estratégias de poder um combate expressivo em termos de prevenção (campanhas, políticas públicas de “segurança” e “sociais”, denúncias anônimas) e de repressão (Direito Penal) às violências intoleráveis, deixando às margens a violência sexual contra os corpos também marginalizados pelo sistema econômico e político. Assim, pode-se refletir sobre a lei penal e as políticas de segurança mediante dois eixos:

a) *A otimização dos controles formais de segurança*: com a expansão dos mecanismos legais, como a criação de novos tipos penais, novos bens jurídicos e estratégias legais processuais e a descriminalização de tipos penais em desuso; novas penas e novas responsabilidades.

b) *A expansão dos controles informais ou disciplinares*: como os mecanismos de vigilância, escutas telefônicas, medicalização, castração química, disque-denúncias, filtros de informática, varreduras na rede de Internet, campanhas publicitárias, *sítes* de controle, publicização dos bancos de dados de criminosos sexuais, campanhas de denúncias de pais, professores ou qualquer pessoa que verificar um comportamento sexual suspeito, organização por meio de políticas de segurança do Estado, como exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito²⁵⁴ ou políticas públicas em que a

²⁵⁴ Na última década o tema da criminalidade sexual em nosso país tem sido constantemente abordado mediante a elaboração de diversas Comissões Parlamentares de Inquérito atuantes em nível estadual e federal. São exemplos de tais CPIs: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE A EXPLORAÇÃO SEXUAL E MAUS-TRATOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO DISTRITO FEDERAL realizada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal de agosto de 1996, cujo relatório Deputado Antônio José CAFU (artigos 33,34 e 35 do Regimento Interno e art. 68 § 3º da lei Orgânica

sociedade civil é chamada para atuar como “parceira” no combate à criminalidade, ampliando de forma significativa o aparelhamento polícial e de políticas públicas de assistência social, saúde pública e ainda “proteção cidadã”.²⁵⁵

Essa “ordem de segurança” sexual fundamenta-se no primado pelo qual é necessário punir e controlar o que, segundo Foucault, é “*intolerável tolerar*” como crime; é necessário punir as condutas sexuais que são intoleráveis de ser toleradas, aquilo que não tem valor. E o valor de tais condutas pode ser fundamentado nos mais variados discursos de imputação - a moral, a doença ou a paixão - todavia sua face mais dura revela-se na atribuição de valor econômico e político ao corpo e ao sexo, em que a carne tolerada é a útil economicamente. E a intolerada é a carne sem valor, sem nada.

Se a primeira vertente discorre sobre a seletividade e criminalização dos crimes sexuais, a *segunda* poderia fazê-la sobre **a culpabilização da carne inútil**, problematizada mediante a culpabilização dos autores ou da produção do juízo de reprovação sobre aqueles sujeitos que diante da violência sexual têm suas carnes reduzidas à inutilidade. Para a dogmática penal, a culpabilidade representa “o conjunto de elementos capazes de explicar *por que* o sujeito é reprovado”²⁵⁶. Trata-se de um juízo que recaí, em um fundamento democrático de direito, sobre a reprovação do fato cometido e não um juízo de reprovação da vida ou do psiquismo do autor.

Se o juízo de reprovação deve necessariamente figurar sobre o fato praticado pelo autor, a imputação penal se perfaz diante de alguns elementos necessários para

do DF); a Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal sobre Pedofilia, realizada por meio do Requerimento nº 2, de 2005-CN, “com o objetivo de investigar e apurar a utilização da Internet para a prática de crimes de ‘pedofilia’, bem como a relação desses crimes com o crime organizado”; a Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de Investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos, da Câmara Federal em novembro de 2004. Além do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP), cujo objetivo é reforçar e concretizar os princípios, diretrizes e ações consagrados na Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Decreto nº 5.948/06, de 26/10/2006), em seus três eixos estratégicos: prevenção ao tráfico, repressão e responsabilização dos seus autores e atenção às vítimas.

²⁵⁵ No Brasil, destaca a participação da sociedade civil nos chamado CONSEGS ou Conselhos de Segurança, em que a população debate estrategicamente formas de combate e de prevenção da criminalidade em sua vizinhança.

²⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2006, p. 285.

formatar a culpa penal: primeiro, a capacidade de culpabilidade; segundo, o conhecimento do injusto; e terceiro, a exigibilidade de conduta diversa²⁵⁷.

A capacidade de culpabilidade é reconhecimento legal de um atributo psíquico-biológico, determinado pelo nível de desenvolvimento mental e biológico dos seres humanos, considerados incapazes de culpabilidade, segundo o Código Penal, os menores de 18 anos (art. 27)²⁵⁸ e os portadores de doença mental e(ou) desenvolvimento mental incompleto ou retardado que o impeçam de compreender o caráter ilícito do injusto penal (art. 26). Todavia, não excluem a imputabilidade penal (art 28) a emoção e a paixão, e a embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. Ao Código Penal, estas figuras poderiam apenas privilegiar o injusto penal ou atenuar a pena.

O conhecimento do injusto é o entendimento do caráter proibitivo da conduta e sua criminalização. Conforme Cirino dos Santos, o importante é definir claramente o objeto da consciência do injusto mediante à resposta da pergunta: “o que o autor deve saber para ter conhecimento do injusto do fato?”. Na dogmática penal contemporânea são apresentados alguns preceitos que permitem desenhar as respostas a tal questão, como as ditas teorias tradicionais que “definem a antijuridicidade material como objeto da consciência do injusto, consistente no conhecimento da contradição entre comportamento real e ordem comunitária”²⁵⁹; as teorias modernas que apresentam a punibilidade do fato como objeto do que deve ser conhecido pelo agente; a teoria de Roxin, em posição intermediária pautada no conhecimento da antijuridicidade concreta, “como conhecimento da específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo”, em outras palavras, no reconhecimento do tipo de proibição concreta

²⁵⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2006, p. 285.

²⁵⁸ No Código Penal Brasileiro: Art 27 “Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. E art. 26 “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

²⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2006, p. 302.

prevista no tipo penal. Tais dificuldades se expressam com grande veemência na condição legal do erro de proibição que assombra a dogmática brasileira²⁶⁰.

Por fim, o terceiro elemento que completa a formação do juízo de reprovação da culpabilidade: a exigibilidade de comportamento diverso. Tal elemento exige uma espécie de aplicação em sequência para a compreensão de sua complexidade ao encarar o fato típico materializado na vida humana: primeiro, o exame de normalidade das circunstâncias em que ocorreram a ação: eis aí a suposição da existência de um “homem médio”, submetido a situações da vida normal; segundo, o exame da capacidade de culpabilidade considerada ainda “normal”; terceiro, o exame da normalidade das circunstâncias de realização do injusto, em outras palavras, se era possível sob tais condições o agente ter agido de forma diferente.

Tais elementos que ecoam sobre a formação do juízo de culpabilidade demonstram a abstração do discurso de reprovação sobre os fatos e como eles possibilitam um caminho para formatar a imputação penal de maneira a respeitar os direitos e as garantias asseguradas pelo Estado. A culpabilidade representa, ainda com toda sua abstração, um espaço precioso para que as condutas humanas praticadas sejam avaliadas de forma regrada no interior do sistema punitivo. Eis a definição da culpabilidade como um limite ao poder de punir do Estado e uma segurança para os corpos diante da sua violência punitiva.

Todavia, a culpabilidade também pode aparecer como um entrave para um modelo de aparelho penal (e Direito Penal) em que a culpa deixa de recair sobre o fato cometido para buscar na utilidade do corpo do autor do crime seu fundamento punitivo.

O corpo culpável não é aquele passível de punição pela inexigibilidade de comportamento diverso, mas aquele que de qualquer forma perde sua capacidade produtiva ou violenta a capacidade produtiva dos outros corpos. Uma culpa que irá se desenhar em torno daqueles que cuja existência se afronta com um sistema que faz render ou viver os corpos.

Eis que a culpabilidade desenhada nos crimes sexuais, pouco a pouco, deixa o limite do poder punitivo do Estado, para se inscrever na ordem de imputação dos indesejáveis, dos inimigos, dos inúteis. Uma culpabilidade que aparece mais conectada

²⁶⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2006, p. 303.

com as descrições de um Direito Penal do Inimigo²⁶¹, convertida no espaço de culpabilização daqueles que rompem as expectativas normativas de obediência, daqueles que ousam a consumir um sexo indisponível, um sexo para além de sua rentabilidade, um sexo que se apresenta como impossível, pois está sob a guarda de uma economia sobre a vida.

A culpabilidade de limite ao poder punitivo pode transformar-se no fundamento da punição dos atentados à carne útil, aos preceitos valorados dos corpos selecionados para fazer viver a população e a economia.

A culpa dos crimes sexuais pode assim recair sobre aqueles selecionados para serem descartados do mundo do capital humano. Podem ser descartados, pois sua afronta à carne útil compromete o princípio de rentabilidade e de investimento na promoção da vida humana. Assim, **a culpabilização da carne inútil** sobra para os estupradores (sex offenders), para os pedófilos, para os modernos “traficantes de pessoas”, assediadores, entre outros. Para tais inimigos sociais, são elaboradas penas mais duras, restrições de direitos, contenções medicamentosas, monitoramentos eletrônicos ou qualquer outra resposta penal para seu controle, passando pelo crivo da eficiência e do cálculo de custos e de benefícios.

Mas **a culpabilização da carne inútil** não significa aprisionar todos os criminosos sexuais, mas “neutralizar” somente aqueles que representam um risco do investimento do sistema de poder. Os criminosos sexuais puníveis são aqueles que mais despertam o desprezo social ou aqueles que em si carregam a marca da vulnerabilidade em sua própria carne. A suposta expansão da ordem de punição sobre a violência sexual se transcreve na real expansão da seletividade do Sistema Penal.

A maior culpabilização do inimigo sexual não conduz ao acolhimento da vítima cuja carne foi violada. A maior punibilização não fez diminuir o atentado contra o corpo em desejo, sequer fez reconhecer mais corpos como sujeitos sexuais. Entretanto, faz enrijecer os mecanismos de controle, a política de segurança, as restrições de direitos e de garantias individuais, o poder de punir do Estado. Essas são algumas das consequências de uma política que se apoia sobre o sistema penal como forma de

²⁶¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2006, p. 303.

gerir o corpo populacional sob a promessa de segurança, de um Estado penal, como escrito por Wacquant²⁶².

O sistema penal finalmente é convidado a reformar suas leis sobre a criminalidade sexual, atualizando sua seletividade sobre aqueles novos corpos sexuais considerados impróprios ou inúteis, direcionando sua economia punitiva para os novos inimigos sociais: os consumidores de sexo que não servem para nada.

No Brasil essa nova aposta para os crimes sexuais já pode ser observada pelas alterações legislativas promovidas pelo advento de leis penais especiais como a Lei dos Crimes Hediondos, o Estatuto da Criança e do Adolescente e, mais recentemente, as alterações promovidas no Código Penal pela Lei no. 11.106 de 28 de maio de 2005, e por fim, as substanciais alterações realizadas pela Lei no. 12.015 de 7 de agosto de 2009. Lembrando ainda dos vários tratados internacionais assinados pelo país que trata de matérias específicas e do advento da Lei Maria da Penha, que versa sobre a violência doméstica (incluindo a violência sexual).

Observa-se que, pouco a pouco, a atual legislação passa a investir em uma diferente relação entre moralidade e sexualidade. O Direito Penal é novamente chamado a promover sua seleção e seu descarte de uma “carne” sem valor para a sociedade econômica mediante a construção de uma nova cartela de crimes sexuais mais graves, mais duros e mais apenados. Os “costumes” podem então ser substituídos pela “dignidade” sexual como alvo da suposta proteção legal. Uma dignidade que é traçada nas linhas tênues dos corpos humanos transformados em capital.

Essa nova criminalidade sexual produz seus inimigos: se, por um lado, as atuais legislações penais tendem a dissociar a temática da sexualidade da moralidade; por outro, a nova tendência criminalizadora recaí sobre o comportamento sexual individualizado construído a partir de suas condutas cotidianas. O agente do crime sexual deixa de aparecer como o inimigo dos valores sociais, pois agora ele mesmo se torna um perigo irremediável para a sociedade e os demais sujeitos. Ele, portador de uma sexualidade que o define, que o individualiza, representa o novo perigo não contra

²⁶² WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. 3ª. Edição. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

a moral, mas contra os outros sujeitos e contra si mesmo. É a figura temida do “predador sexual”, que violenta e consome o corpo do outro por ser um corpo, em suma, que atinge depredando os sujeitos e afrontando o controle exercido subjetivamente sobre cada um de nós.

O predador sexual não questiona os limites sociais ou culturais, ele os afronta e os rompe com uma atitude própria e destruindo paulatinamente as esferas de controle. Ele já não pode mais ser considerado simplesmente um louco, um imoral ou um criminoso. Ele é por si mesmo um risco para si, para todos os demais sujeitos e para um poder que gerencia a vida. É um predador porque põe em risco a vida.

Não é a toa que essa “nova” criminalidade sexual aparece repleta de atores: pedófilos, assediadores, traficantes humanos, estupradores em série, são consumidores de vida, de sexo, de subjetividades. São os “monstros” que aparecem vestidos como médicos, professores, empresários, padres ou qualquer outra profissão ou cargo sociais. São sujeitos produtivos, não raro pacíficos, que consomem um produto: sexo e, por fim, o corpo vivo para além da normalidade permitida, para além do possível de sua rentabilidade.

Na esteira ao combate dessa nova criminalidade, os Estados Unidos e alguns países europeus, pautados em políticas penais de máxima criminalização e redução de direitos, elegem o combate ao terrorismo e aos crimes de “natureza” sexual como os grandes vilões mundiais. Penas mais duras, uma medicalização estrita, medidas restritivas, controle eletrônico, criação de bancos de dados e até medidas extremas como a “castração química”²⁶³, estão em pauta na discussão legislativa desses países. E atingem o Brasil.

²⁶³ Com relação aos meios alternativos de prevenção e punibilização dos crimes sexuais, experimentamos atualmente a discussão em todo mundo sobre a chamada “castração química”. Tal discussão acompanha a onda de temor contra os *sex offenders*, especialmente após a descoberta, bastante repercutida, de pedofilia envolvendo membros da Igreja Católica de Boston (EUA), na Itália, bem como os ocorridos em instituições educacionais, a exemplo do caso Casa Pia, Portugal, especialmente por que envolverem crianças em tenra idade, além de pessoas e instituições tidas como “acima de qualquer suspeita”. O Estado da Califórnia adotou a castração química, em 1997, através da modificação do art. 645 do seu Criminal Code. No Brasil, já em 2002, o Deputado Wigberto Tartuce (PPB-DF) tendo como justificativa “o abuso sexual, *principalmente contra crianças e adolescentes*”, tem atingido *proporções alarmantes*, preocupando autoridades *no mundo inteiro*. Existem grupos criminosos atuando na exploração sexual a nível internacional”, apresentou o Projeto de Lei nº 7.021 de 2002 propondo a modificação dos arts. 213 e 214 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -

Sem atentar para as particularidades da matéria penal em nosso país, já se iniciaram as discussões no plano político e midiático para um novo tratamento para a “perigosa criminalidade sexual”. Uma discussão que pode facilmente se tornar uma cópia importada e mal-sucedida do “temor” produzido internacionalmente, mas desconectado com as vicissitudes dos discursos produzidos pela nossa cultura, nossa história e, principalmente, das condições de produção das nossas subjetividades.

Em nosso país experimentamos mais do que desigualdades sociais: experimentamos a formação de múltiplas e desiguais subjetividades. E o Direito Penal, mais do que nunca, é um instrumento de poder utilizado na identificação e seleção desses sujeitos “frágeis”, desses corpos marcados pela desigualdade econômica, de gênero, de sexualidade, de raça, cor ou credo.²⁶⁴

Uma criminalidade sexual que se inscreve em nossa atualidade levantando questões sobre o intenso poder de controle e de exclusão do sistema punitivo conectado às formas de poder político e econômico das sociedades neoliberais. Mais tipos penais e mais penas não representam a diluição das marcas da violência sexual no corpo de suas vítimas. Eis o desafio da construção de um limite jurídico à punição penal pautada no reconhecimento da dignidade sexual. Uma dignidade que precisa ser construída para além da seletividade segmentadora das carnes úteis das inúteis.

Uma reposta possível à carne começa a se desenhar nos contornos dos mecanismos de poder biopolíticos, em que no uso de suas estratégias há a seleção das carnes culpadas daquelas escolhidas para ser vividas. Do desejo controlado para uma falta criminalizada; sob a biopolítica, o sistema punitivo converte-se em uma das

Código Penal Brasileiro, fixando a pena de castração com recursos químicos para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, *in verbis*:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – castração, através da utilização de recursos químicos.

Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pena – castração, através da utilização de recursos químicos.

²⁶⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª. Edição. Curitiba: Lúmen Júris, 2006, p. 10.

principais personagens na história do corpo sexual. Quando a culpa deixa o pecado e encontra a lei; quando a lei deixa a moralidade e encontra a política, o preço do corpo culpável se inflaciona e seu sexo encontra uma “carne” desprovida de qualquer desejo, de nada.

2.2. Os crimes contra a Dignidade Sexual?

2.2.1. Uma tipologia penal instigante

Dos conjuntos de tipos penais mais modificados nos últimos anos em nosso país, sem dúvida, foram os crimes relacionados à sexualidade. Desde os anos 2000, percebeu-se um grande esforço do legislador brasileiro em descriminalizar algumas condutas, criar novos tipos penais ou legislações especiais, aumentar as penas e definir alguns como “crimes hediondos”. Uma política de criminalização pautada no discurso oficial de “atualização” ou modernização da lei penal, cujo objetivo seria responder simbolicamente às demandas da sociedade brasileira. E uma política de descriminalização de condutas típicas como uma resposta às críticas construídas ao longo das décadas de que às demandas sociais, culturais, sexuais e econômicas já não correspondiam às definições “arcaicas” dos costumes descritos pelo Código Penal.

Tais delitos são rejeitados na mesma medida que representam a rejeição de uma economia de poder. Os “costumes” perdem seu lugar em uma sociedade que não mais define o sexo em termos de uma política de bem-estar populacional. O sexo incorporado a uma função econômica deixa os “costumes” do Estado forte, para se tornar princípio de investimento de um Estado neoliberal. Daí que sedução ou rapto não ferem um bem-jurídico penal nessa nova economia punitiva. Quiçá o “atentado violento ao pudor”, que deixa sua “autonomicidade” para se incorporar ao crime de estupro, destacando o “avanço” legislativo em que as mulheres, além de vítimas, se tornam algozes do estupro.

Nessa linha, a lei penal sobre a sexualidade – a gestão penal do sexo - se constrói segundo duas tendências muito distintas:

1. *A descriminalização de condutas sexuais*: como o adultério, a sedução e as formas de rapto.

2. *A criação de novos tipos penais, o enrijecimento das penas e do processo penal e a criminalização de condutas de “risco”*.

De forma geral, os atuais “crimes contra a dignidade sexual” podem ser percebidos em cinco principais esferas de criminalização fundamentais para a reflexão dos processos de culpabilização do Código Penal, além da Lei no. 11.340 de 7 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha sobre violência doméstica. São os grupos de crimes:

1. A violência sexual delimitada em torno da figura do estupro;
2. A criminalização do assédio sexual;
3. A violência sexual contra crianças e adolescentes;
4. A escravidão sexual;
5. O ultraje público ao pudor;
6. A Lei Maria da Penha (e a violência doméstica).

No novo desenho dado pela Lei no. 12.015, de 7 de agosto de 2009, o tema “sexo” aparece pela primeira vez na letra da lei como uma expressão fundamental para se delimitar o objeto material a ser “selecionado” pelo sistema penal. A “dignidade sexual” anunciada como Título VI do Código Penal representa reconhecimento do sexo como parte integrante da vida e da dignidade humanas. E sua violência passa a ser abrigada, para além de fórmulas morais, na politização da vida como um aporte para o poder. Assim, a “reforma” dos crimes sexuais inicia-se com uma nova valorização penal das condutas sexuais mediante e sua ressignificação como uma violência sexual.

Assim, nos interstícios da lei penal seria possível analisar os discursos de criminalização, culpabilização, mas também as tendências despenalizadoras. Captar nas transformações, continuidades e descontinuidades do discurso do crime sexual suas relações com os poderes e saberes que o investem e o controlam.

O primeiro conjunto de transformações delimitado pela nova Lei transforma integralmente os crimes contra a “liberdade sexual”. Mais do que uma nova redação ao crime de estupro, realiza uma nova interpretação para o fenômeno da violência “carnal” violenta e sem consentimento contra o corpo. Em uma tentativa de corrigir as

“distorções” entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, em ultrapassar a fórmula restrita da conjunção carnal (como penetração de pênis na vagina) e tentar abrigar os homens como vítima, o crime de estupro mudou.

O art. 213 do Código Penal ganhou a seguinte redação: *“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”*, pena de reclusão de 6 a 10 anos. Uma pena aumentada se *“parágrafo primeiro, da conduta resulta lesão corporal grave ou a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos, pena 8 a 12 anos; parágrafo segundo, da conduta resulta morte, pena de 12 a 30 anos”*.

Na atual redação, há uma mistura de elementos do crime de estupro e do antigo atentado violento ao pudor, o que de fato demonstra certa perplexidade: a violência do estupro pode ser dirigida tanto a mulheres como a homens; a fórmula da conjunção carnal se amplia para abarcar qualquer atentado contra a carne sexual (felação, sodomia, entre outras). A ampliação também conduz a certos paradoxos: de vítimas as mulheres agora podem ser autoras do crime de estupro. Continua presente a regra do consentimento violado pelo constrangimento violento ou de grave ameaça. E ainda, nota-se o aumento da pena (já considerado crime hediondo pela Lei no. 8.072 de 1990, com nova redação dada pela Lei no. 11.464 de 2007).

O atentado violento ao pudor é revogado, permanecendo criminalizado o art. 215, a violação sexual mediante fraude: *“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”*, pena 2 a 6 anos; com um detalhe, se a finalidade for obter vantagem econômica, aplica-se também a pena de multa.

Nota-se que a intenção é valorizar o grande crime sexual: o estupro. Agora, como a grande figura da violência sexual, se tornaria (em tese) mais fácil identificá-lo e combatê-lo na sociedade, pois as condutas sexuais proibidas e violentas são significativamente ampliadas para além da conjunção carnal. O novo estupro criminaliza mais e pune mais, abarcando qualquer tipo de violência “libidinosa” contra o corpo do outro.

O estupro, considerado por Gardner como o grande “mal” que atingiria qualquer corpo em um mundo civilizado, pode ser pensado como limite fatal para a intervenção

do Estado no corpo humano. Nesse sentido, em uma sociedade patrimonialista, a “essência” do crime de estupro estaria desenhada na violação de um “direito de propriedade” do sujeito humano sobre seu corpo, quando o consentimento é violado ou viciado, e a vítima é impedida de usar ou de dispor seu corpo (e sua sexualidade) da forma que quiser. O corpo violado seria “desvalorizado” (psíquica, somática, afetiva e economicamente) e isso seria uma das razões do seu “mal”²⁶⁵.

O estupro ainda poderia representar, conforme Knopp, a expressão de um “poder” em uma sociedade marcada pelo signo da valorização do papel masculino em detrimento do feminino, do controle do corpo feminino, da tolerância com a agressividade e a competitividade dos corpos masculinos, da desigualdade nos relacionamentos sexuais entre homens e mulheres e, sobretudo, na valorização do “direito sexual masculino” sobre o consentimento (ou escolha) das mulheres²⁶⁶.

Nesse sentido, o discurso construído sobre o “novo” estupro apresenta uma inclusão significativa de elementos e de sentidos oriundos da mistura entre a violência sexual e a violência de gênero. Uma mistura de sentidos bastante apropriada à lógica de criminalização da multidão. Interessa desvelar que uma “igualdade” de gênero apesar de prevista e de alardeada pelas legislações e princípios constitucionais, jamais foi efetivada, quiçá por políticas públicas, e muito menos pelo sistema penal. Parece-nos ilógico supor que o melhor instrumento de se realizar uma justiça social de gênero seja o Direito Penal e sua brutal seletividade. Como reflete Vera Pereira Andrade “nesse discurso igualitário, seus não ditos podem ser mais perturbadores”²⁶⁷. Assim:

O sistema penal, salvo situações contingentes e excepcionais, não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência sexual, como também duplicar a violência exercida contra elas e as divide, sendo uma estratégia excludente, que afeta a própria unidade do movimento. Isto porque se

²⁶⁵ Para GARDNER, “The analogies between rape and burglary here are starting, and may seem to support the idea that rape is wrong because we own our own bodies. But in fact the above remarks tend to undermine this view. Neither the use-value nor the identification-value which support our proprietorial relations with things can apply straightforwardly to our relationship with our own bodies”. GARDNER, John. The wrongness of the rape. In: *Offenders e Deffenders: selected essays in the philosophy of criminal law*. Oxford University Press, New York, 200, p. 12.

²⁶⁶ KNOPP, Fay Honey. Community Solucions to Sexual Violence. In: *Criminology as Peacemaking*. Indianapolis: Indiana University Press, p. 189.

²⁶⁷ ANDRADE, Vera Pereira. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: *Criminologia e Feminismo*, 1999.

trata de um subsistema de controle social, seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres e porque é, ele próprio um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas²⁶⁸.

As mudanças na percepção do crime de estupro se evidenciam na ampliação do rol de violências abarcadas, incluindo, segundo Vigarello, a violência sexual entre esposos - possível na França a partir dos anos 80²⁶⁹ - em que havia a compreensão de que os laços contratuais do casamento garantiam o consentimento nas relações sexuais²⁷⁰. No Brasil, tal possibilidade aparece com força com a Lei Maria da Penha em 2006, em que a questão é tratada pela definição da violência doméstica.

Outros destaques são as contínuas e desprezadas violências sexuais que ocorrem no interior das prisões, uma situação não raro equiparada a uma espécie de “perversão do universo prisional”, mas que “situa a violência sexual numa estrita relação de poder, sublinhando o papel no reforçamento paradoxal da virilidade do agressor, como no de sua ascendência reconhecida coletivamente”²⁷¹.

A violência sexual cometida no sistema prisional é sutil na seleção e na coisificação das carnes consideradas passíveis de serem violadas ou de exploradas

²⁶⁸ ANDRADE, Vera Pereira. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: *Criminologia e Feminismo*, 1999, p. 112.

²⁶⁹ VIGARELLO, Georges. *A História do Estupro: a violência sexual nos séculos XVI-XX*, 1998, p. 225.

²⁷⁰ No Brasil, destaca-se o Projeto **Mulheres da Paz** criado no âmbito do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci) do Governo Federal, cujo objetivo “é incentivar Mulheres, por meio de transferência direta, a construir e fortalecer redes sociais de prevenção e enfrentamento às violências que envolvem jovens expostos à violência”. O Projeto é amparado pela Lei 11.530 de 24 de outubro de 2007, alterado pela Lei 11.707 e regulamentado pelo Decreto nº 6.490, ambos de 19 de junho de 2008, e integra as ações do Pronasci. Para participar do Projeto, a Mulher deverá passar por um processo de seleção e de capacitação promovido pelas Unidades da Federação pactuadas com o Pronasci. O Programa articula “políticas de segurança com ações sociais; prioriza a prevenção e busca atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social e segurança pública”. Segundo as informações retiradas do site do Ministério da Justiça, em 08 de novembro de 2011, “Entre os principais eixos do Pronasci destacam-se a valorização dos profissionais de segurança pública; a reestruturação do sistema penitenciário; o combate à corrupção policial e o envolvimento da comunidade na prevenção da violência. Para o desenvolvimento do Programa, o governo federal investirá R\$ 6,707 bilhões até o fim de 2012. Além dos profissionais de segurança pública, o Pronasci tem também como público-alvo jovens de 15 a 24 anos à beira da criminalidade, que se encontram ou já estiveram em conflito com a lei; presos ou egressos do sistema prisional; e ainda os reservistas, passíveis de serem atraídos pelo crime organizado em função do aprendizado em manejo de armas adquirido durante o serviço militar. Até o momento, o Pronasci chegou a 150 municípios, ao Distrito Federal e a 22 Estados: Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo, Sergipe e Tocantins”.

²⁷¹ VIGARELLO, Georges. *A História do Estupro: a violência sexual nos séculos XVI-XX*, 1998, p. 229.

como “mão-de-obra doméstica” para os mais fortes: os homossexuais, os “fracos”, o “dedo-duro” ou X9, os estupradores de crianças ou de pessoas idosas, são algumas das carnes violadas que raramente são conhecidas dos mecanismos estatais de justiça. São estupros tão enraizados na subcultura da prisão, que raramente são conhecidos como “crimes”. Destaca Vigarello:

A violência sexual funda uma violência mais ampla, impondo uma das configurações originárias do estupro, aquela que a palavra raptó expressava em sua complexidade, a posse de um corpo tornando-se a posse de um ser, a manutenção do estupro em situação de dominado ou até de pária, “roubado, insultado, abusado, obrigado a fazer o trabalho doméstico”. A prisão reconstrói implacáveis hierarquias, das quais o estupro seria um dos meios. Só uma conversão do olhar lhe dá hoje essa face, que o segredo penitenciário mantinha tradicionalmente oculta²⁷².

E sem contar os estupros em série cometidos contra mulheres que vivem nas ruas em todo o país. Desprovidas de tudo, têm sua sexualidade atingida e violada às margens de qualquer mecanismo de proteção. Jamais amparadas, seus estupros fazem parte de uma rotina de violências sexuais ignoradas ou invisíveis pelos sistemas de proteção legal.

Outra questão sobre a relação corpo e sexo tematizado no interior do crime de estupro trata-se do aborto, ou melhor, da exculpança do crime de aborto previsto no art. 128 do Código Penal em que *“Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”*. O inciso II do presente artigo é considerado pela doutrina uma hipótese de “aborto” humanitário, reconhecendo a possibilidade de a vítima de estupro realizar a conduta (o aborto) se for reconhecida sua gravidez em decorrência do crime. Uma questão, que embora prevista em nossa legislação penal desde 1890, ainda permanece como um discurso que levante polêmicas e dúvidas, tanto por juristas como por profissionais da saúde. Sobre o aborto, destaca Barata:

A criminalização do aborto serve, em primeiro lugar, para representar simbolicamente o papel conferido à mulher na esfera privada da reprodução natural. Depois, para assegurar o domínio patriarcal sobre a mulher; por derradeiro, para impor à mesma – através de sua função reprodutiva – um papel

²⁷² VIGARELLO, Georges. *A História do Estupro: a violência sexual nos séculos XVI-XX*, 1998, p. 227.

subordinado no regime de transmissão da propriedade e na formação dos patrimônios²⁷³.

Tal regra de exculpação penal desvela o entrosamento do discurso moral (patriarcal e religioso) com o discurso legal, privilegiado na lógica dos “costumes” em que a preservação da honra figura em detrimento ao crime contra a vida. E na lógica atuarial e biopolítica, tal critério de exculpação é incorporado na defesa do valor da vida, em que o crime de aborto aparece bombardeado pela sua não função.

Essas definições são apenas alguns dos apontamentos mais comuns sobre os sentidos atribuídos ao estupro. Sentidos, que, nos interstícios da lei, podem contribuir para o aparecimento de questões sobre sua criminalização e culpabilização conforme as estratégias de controle social da “vontade de poder” vigente, como: um atentado que versa contra a conjunção carnal e uma felação pode ser considerada uma continuidade delitiva? São dois crimes de estupro? É apenas um crime só? O que a Lei passa a entender sobre a conjunção carnal? É possível que a mulher seja sujeito ativo desse delito? Permanece a possibilidade velada da criminalização de atos homossexuais? E o consentimento?

As questões referentes ao atual estupro desenharam quem é a “carne” “intolerável” e a “tolerável” perante as estratégias de saber-poder: o estuprador serial, o consumidor desmedido de sexo e de violência. Do estupro considerado um atentado às relações de poder e consentimento sobre o sexo. O *sex offender* ou o predador sexual é o inimigo a ser criminalizado pelo estupro. Contra ele, as campanhas de segurança social são realizadas, as meninas e os meninos são avisados, os pais são precavidos.

Todavia, se o predador sexual se investe no espaço aberto pela Lei, na materialidade da vida humana, o estupro ainda permanece como a violência aberta e desvelada contra a fragilidade das carnes humanas no interior das famílias, nos relacionamentos pessoais, nos abusos cometidos por conhecidos. Para essa violência sexual percebida pelo sistema de poder, mas disfarçada em dramas individuais ou psiquiátricos, o crime de estupro ainda permanece como um *por vir*.

²⁷³ BARATA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana, In: *Criminologia e Feminismo*, 1999, p. 49.

O segundo conjunto de novas criminalizações da sexualidade emerge com a figura do “Assédio Sexual”, previsto no art. 216-A “*Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função*”, pena de detenção de 1 a 2 anos. No parágrafo segundo, há a previsão de aumento de pena de até 1/3 se a vítima é menor de 18 anos.

O assédio sexual é uma figura delitiva que se insere na pauta das preocupações e temores sociais na exata medida em que homens e mulheres se tornam corpos produtivos importantes para a manutenção do mercado e do consumo. É um exemplo da criminalização do risco inerente na expansão da criminalidade sexual. O assédio sexual, segundo Dalton Oliveira, pode ser definido como “uma conduta reiterada para a obtenção de favores sexuais da vítima pelo assediador. Pode ser promovida por uma ou mais pessoas, que agem de forma a coagir outra a satisfazer desejos sexuais, aproveitando-se de sua situação de ascendência sobre a vítima, mediante chantagem ou ameaça”²⁷⁴.

Apesar da histórica desvalorização do trabalho feminino (elas ainda ganham menos e, não raro, fazem dupla jornada entre o trabalho em casa e fora de casa), da exploração de sua mão de obra, o crime de assédio é comemorado como uma efetiva proteção para os atentados de natureza “sexual” que ocorrem em ambiente de trabalho²⁷⁵. Justificado pela estreita convivência entre homens e mulheres no mercado de trabalho como corpos iguais em direitos (porém desigual em deveres), o assediador atenta contra a “carne” útil no e para o trabalho, devendo ser detectado e combatido nos mais discretos atos em que agora a violência se configura. Destaca Vigarello, no ato de criminalização do Assédio Sexual na França nos anos 90:

O exemplo do assédio sexual é fundamental, revelando uma dificuldade inédita para expressar e legalizar. Lembrando como a nova igualdade pode empurrar os limites da ofensa até as nuances quase subjetivas dos comportamentos e das civilidades: uma vigilância sobre as diferenças “exacerbadas pelos progressos do sentimento igualitário”. O novo delito sobre o assédio sexual, fixado no Código Penal pelo artigo 222-23, na verdade apenas prolonga a exigência antiga de

²⁷⁴ OLIVEIRA, Dalton. *Vade mecum Humanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 400.

²⁷⁵ Foi a partir da década de 70 que o movimento feminista norte-americano cunha a expressão “sexual harassment” para designar a coação sexual dos superiores hierárquicos sobre suas empregadas. OLIVEIRA, Dalton. *Vade mecum Humanístico*, 2011, p. 401.

escalonamento da gravidade. O assédio se torna um primeiro grau de agressão, uma referência imprecisa, entretanto “deixando ao juiz o cuidado de arbitrar entre o nada e o delito”²⁷⁶.

No Brasil, a criminalização do assédio sexual levanta mais questões do que propriamente uma “proteção”, afinal busca esmiuçar as conotações sexuais em relações sociais fortemente marcadas pela transição do mercado. O assédio aparece como tipo penal cujo objeto de criminalização se esvaiu na percepção do tema do sexual presente em relações sociais que não devem ser em hipótese alguma sexuais: o trabalho. O sexo atrapalha, não faz render, causa dano à rentabilidade do corpo laboral. Daí a relevância em se criminalizar o risco de um atentado sexual contra o corpo que trabalha. Telefonemas, emails, olhares, gestos, atitudes corporais ou comportamentais se tornam em si mesmas elementos da criminalização do assédio. E os danos psíquicos, sociais e corporais provocados pelo assédio são fundamentalmente o comprometimento para o trabalho e o dano dele decorrente. Daí a necessidade de ameaçar com a pena, de usar a força simbólica e não raro fatal do sistema penal para blindar o trabalho do sexo.

O terceiro conjunto das criminalizações são os crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes. O “combate” à criminalidade sexual contra a infância foi eleita uma bandeira mundial nos últimos anos capitaneada pelas disposições de Direito Humanos da Infância e da Adolescência²⁷⁷. Uma bandeira que é incorporada ao discurso punitivo do Estado brasileiro após as constantes denúncias de violência contra a infância em nosso país e a pressão internacional²⁷⁸.

²⁷⁶ VIGARELLO, Georges. *A História do Estupro: a violência sexual nos séculos XVI-XX*, 1998, p. 220.

²⁷⁷ Convenção sobre os Direitos da Infância sobre a exploração e abuso sexual (art. 34); sobre o tráfico de crianças (art. 35); sobre qualquer outra forma de exploração da infância (art. 36).

²⁷⁸ Alguns importantes e trágicos acontecimentos mostraram o descaso da “proteção do Estado” com as crianças, especialmente quando em risco social. Para além das proteções elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei no. 8.069 de 13 de julho de 1990), o Direito Penal também é chamado como uma espécie de sistema legal protetor dos abusos cometidos contra crianças. Crimes como a Chacina da Candelária no Rio de Janeiro, onde em torno de 40 crianças dormiam sob o abrigo da marquise, quando dois carros atiraram contra elas. Três crianças morreram no local, outras duas foram mortas enquanto perseguidas e mais dois corpos foram encontrados perto do local. Crianças e adolescentes foram brutalmente assassinados, as denúncias de exploração da prostituição infantil são alguns exemplos que apelam à sociedade civil uma resposta mais endurecida do Estado. A partir dos anos 2000 (e em 2009) novos tipos penais que têm na infância um objeto de proteção e o aumento das penas são elaborados como à resposta do Estado mais comum.

A infância e a adolescência são eleitas as grandes vítimas da violência sexual em nossa sociedade, pois o abuso de sua “sexualidade” em formação ou de sua “pureza” é entendido como um ato atroz, desumano, criminoso e, por muitos, doente. O interessante sobre esse conjunto de criminalizações é sua incidência de forma diferenciada sobre o corpo infantil. O grande inimigo social é composto pela figura misteriosa do pedófilo, do explorador do sexo infantil e do abuso de sua carne imaculada.

Esse é o discurso reafirmado, por exemplo, pela organização dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal sobre a Pedofilia, criada por meio do Requerimento nº 2, de 2005-CN do ano de 2010, *“com o objetivo de investigar e apurar a utilização da Internet para a prática de crimes de ‘pedofilia’, bem como a relação desses crimes com o crime organizado”*. No seu Relatório Final, a CPI realiza o seguinte diagnóstico:

O Brasil ainda não possui um aparato normativo e investigativo adequado para o combate à pedofilia na Internet. Dos cinco requisitos legislativos básicos para a repressão ao crime de pedofilia pela Internet, citados pela SaferNet, o Brasil, no início desta CPI, só atendia a dois: 1) possuir lei que criminaliza a distribuição da pornografia infantil; 2) prever, em lei, o uso do computador para a distribuição desses conteúdos. Os outros 3 requisitos **não atendidos** são (ou, em alguns casos, eram): 3) a criminalização da posse de pornografia infantil, que, até a edição da Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008, de iniciativa desta Comissão, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dificultava o flagrante; 4) a existência de um conceito jurídico de *pornografia infantil*; e 5) a existência de lei que regulamente a atividade dos provedores de acesso e de serviços à Internet (a ausência dessa lei equivale a dizer que não há obrigação legal para que essas empresas informem ao Ministério Público ou à Polícia os casos de pornografia infantil que envolvam seus usuários).

E suas conclusões partem do reconhecimento dos múltiplos discursos que envolvem o tema da sexualidade na definição da pedofilia (psicológicos, médicos, sociais), todavia esgotam-se no reconhecimento de que seu “enfrentamento” se dá mediante “recomendações legislativas”, como a elaboração de projetos de Lei que supram as lacunas legislativas (e desatualizadas sobre o tema)²⁷⁹.

²⁷⁹ Destaca-se a proposição de termos de “ajustamento de conduta” às empresas de comunicação e internet (como o Google) visando o acesso e o combate a formas de transmissão de pedofilia pela internet. RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO, *criada por meio do Requerimento nº 2, de 2005-CN, “com o objetivo de investigar e apurar a utilização da Internet para prática de crimes de ‘pedofilia’, bem como a relação desses crimes com o crime organizado”* Presidente:

Mas, para além da “monstruosidade” elencada como tema da violência sexual infantil, outro importante fator é sua leitura biopolítica, menos emotiva e mais dura, ao mercantilizar também o corpo infantil como princípio de investimento. A violência sexual pode ser considerada uma violência que expropria um corpo em construção, que promove uma lesão irreparável ao desenvolvimento psíquico, físico, cultural e econômico de um corpo em potencial. O prejuízo causado por esta violência rompe os discursos de moralidade e de patologização, para encontrar no tabu econômico sua face mais cruel: a violência sexual infantil se torna um inimigo a ser combatido na exata medida em que o corpo infantil se torna mais um alvo interessante para o consumo, se torna um princípio de investimento e de renda fomentando o capital. Uma violência cujo aporte não serve para nada, não encontra nada, não lucra nada. Nessa linha, o discurso retirado do Relatório Final da CPI da Pedofilia do Senado Federal do ano de 2010 podem ser problematizadas:

Não se trata, ao cabo, de um debate moral acerca de preferências sexuais. Evidencia-se, muito pelo revés — e de maneira incontrastável —, a instrumentalização de seres humanos em etapa formativa, tanto física quanto emocional ou psicológica, para fins egoísticos e condenáveis. Uma relação desequilibrada se estabelece, na qual uma parte dotada de maiúscula supremacia impõe sua vontade a outra, muitas vezes incipiente em quaisquer meios de defesa²⁸⁰.

Na tipologia reformada do Código Penal, os crimes sexuais cometidos contra a infância e adolescência ganham o Capítulo “*Dos crimes sexuais contra vulnerável*”, passando por uma profunda transformação de qualidade e de quantidade de pena, desde a introdução do crime de “corrupção de menores”. O mais novo e importante tipo penal criado é o “estupro de vulnerável” (art. 217-A) que versa “*Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Pena de reclusão de 8 a 15 anos*”.

O “estupro de vulnerável” é a resposta punitiva do Estado aos atentados contra o corpo infantil, acabando com a antiga fórmula de aumento de pena no caso do “estupro” ser cometido contra menores de 14 anos. A lei de crimes sexuais destaca

Senador Magno Malta, Vice-Presidente: Senador Romeu Tuma (*in memoriam*), Relator: Senador Demóstenes Torres. Brasília: 2010

²⁸⁰ RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO, Brasília: 2010, p. 64.

assim a importância dada ao corpo infantil transformando sua violência sexual em um tipo penal autônomo e, ainda, aumentando sua penalização²⁸¹.

São ainda novidades importantes os delitos descritos no art. 218 *“Induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem. Pena, reclusão de 2 a 5 anos”*; a satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, art 218-A *“Praticar, na presença de alguém menor de 14 anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, afim de satisfazer lascívia própria ou de outrem. Pena, reclusão de 2 a 4 anos”*.

Nota-se nos delitos em questão que a proteção penal recai para menores de 14 anos, um critério estranho e arbitrário em uma legislação penal construída em tese para criminalizar maximamente possível os atentados contra a infância. Preferiu o legislador apoiar-se no critério etário de 14 anos que não corresponde a nenhum aporte previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece a adolescência entre os jovens de 12 a 18 anos e a infância para os menores de 12 anos. A idade de 14 anos pouco representa a efetividade da “proteção penal” contra a lascívia adulta, deixando de fora milhares de adolescentes, não considerados vítimas para efeitos penais, pois são considerados suficientemente “maduros” sexualmente, uma distorção

²⁸¹ A questão da definição da “vulnerabilidade” como elemento central da tipificação do art. 217-A ainda encontra diversos significados atribuídos de acordo com os diversos significados atribuídos aos discursos sobre a sexualidade infantil. Um exemplo é o acórdão nº 70044569705/2011 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que versa: “APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLUÇÃO MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO.

Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 22 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal.

No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes.

Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva. Aponta também que a ofendida apresentava certa experiência em assuntos sexuais. A análise conjunta de tais peculiaridades permite a relativização de sua vulnerabilidade.

Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a absolvição do réu com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fundamento diverso ao constante da sentença).

APELAÇÃO DESPROVIDA”. (grifo nosso). Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acesso em 17 de abril de 2012.

um tanto difícil de ser aceita quando o que se está em jogo é a brutalidade da violência sexual.

Mais um importante exemplo da seletividade dos corpos a serem escolhidos úteis ao sistema de criminalização e a descartabilidade dos considerados inúteis. O corpo sexual infantil a ser protegido é, em tese, o corpo imaculado e puro, não o sexualmente reconhecido. Como se a violência sexual apenas fosse justificável mediante ao reconhecimento da pureza da infância em detrimento da sexualidade adulta condenável.

Outra importante inovação é a criação de um tipo penal também próprio para dar conta do favorecimento e da exploração à prostituição infantil²⁸². Um tema epidêmico e pouco enfrentado em nosso país, a exploração da prostituição infantil é incômoda, pois aparece de forma sistêmica nas diversas regiões do Brasil e de modo mais intenso está relacionada com a miséria e a falta de oportunidades das camadas populacionais marginalizadas.

Crianças muitas vezes vendidas e exploradas pelos próprios pais ou coaptadas nas ruas das cidades por meio de drogas ou do abandono material, social e emocional, vagam como corpos a ser explorados, cuja rentabilidade está associada à venda do seu sexo transformado em mercadoria por agentes econômicos. A prostituição infantil é uma realidade não explicada pela maldade ou pela doença, mas pelas mazelas produtivas de um mercado inelástico: o mercado de consumo do sexo.

Nesse sentido, destaca o art. 218-B “*Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-las, impedir ou dificultar que a abandone: pena de reclusão de 4 a 10 anos*”. E se o crime é cometido com o fim de obter uma vantagem econômica, aplica-se ainda a pena de multa. São sujeitos passíveis de punição nas mesmas penas quem pratica a conjunção carnal com o menor de 18 anos e maior de 14 anos (o consumidor de sexo); o proprietário, gerente ou responsável pelo local onde tais práticas são

²⁸² Conforme Decreto n. 5.007, de 8 de março de 2004, promulga o “Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil”.

realizadas (o explorador de sexo). Nesse sentido, a prostituição infantil criminaliza não só o explorador da atividade, mas também seu consumidor, criando uma nova categoria de sujeitos culpáveis.

São descriminalizados o rapto e a sedução. E outra questão fundamental é a alteração no modelo de ação penal, que deixa a esfera do “privado” para proceder-se mediante uma ação penal pública condicionada à representação²⁸³ ou até incondicionada, caso a violência tenha como alvo os menores de 18 anos ou pessoa vulnerável, impondo ao Estado sua função punitiva elementar na denúncia de crimes sexuais contra crianças e adolescentes.

O quarto conjunto de criminalizações destacados pelo Código são delitos relacionados à “escravidão sexual”. Um tema que aparece de forma central na relação entre sexo e economia, abrigado no Capítulo V “*Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual*”. A possibilidade de exploração do sexo como uma forma econômica já se destaca na ordem das preocupações do Estado desde o início do século XX e se torna crime já com o Código Penal de 40. A novidade da reforma de 2009 é a expansão e a maior punibilização desses delitos, que abarcam mais condutas e desvelam mais “autores”, entendendo a exploração sexual e(ou) a prostituição como uma empresa ilícita, todavia muito lucrativa.

É crime a “Mediação para servir a lascívia de outrem”, art. 227: “*Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem. Pena 1 a 3 anos*”, com pena aumentada para 2 a 5 anos, caso a vítima seja maior de 14 anos ou menor de 18 anos ou se autor é seu responsável; a pena aumentada de 2 a 8 anos caso haja o emprego de violência ou grave ameaça; ao a pena é aplicada junto com uma multa caso haja finalidade lucrativa.

O favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228), “*Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone*”: pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa;

²⁸³ Conforme previsão do art. 225 do Código Penal: “*Nos crimes cometidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação*” (caput com redação determinada pela Lei no. 12.015 de 2009) e Parágrafo único: “*Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável*”.

a pena é aumentada de 3 a 8 anos caso o agente explorador seja o responsável pela vítima; e aumentada ainda mais, de 4 a 10 anos caso o crime seja cometido com violência, grave ameaça ou fraude. Ainda é considerado crime o art. 229: *“Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena de 2 a 5 anos, e multa”*.

O Rufianismo (art. 230), que versa sobre *“Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: pena, reclusão de 1 a 4 anos e multa.”*

Sobre o tema é fácil visualizar em nossos grandes centros “outdoors” fazendo publicidade de casas de “prazer”, de “massagem”, de “tolerância”, em que a mediação da lascívia é vendida ou que a exploração da prostituição seja velada. Mesmo com o endurecimento da lei penal, as “casas de prazer” não parecem ter diminuído ou que seus donos tenham sido punidos. Apesar de a lei se expandir para abarcar condutas de risco, a exploração da prostituição em nosso país ainda permanece um negócio lucrativo e vantajoso, em que o Brasil figura como uma importante rota de turismo sexual.

É necessário destacar que a reiteração das condutas de exploração da “lascívia e da prostituição” ganha destaque nessa estratégia de criminalização mediante os espaços deixados pela lei para abarcar qualquer conduta (de fim sexual) considerada exploratória. Os tipos penais se tornam cada vez mais abertos permitindo que diversas condutas sejam criminalizadas à “vontade de poder” adjacente, como descreveu Foucault sobre a criação de uma espécie de “massa legislativa”. Isso pode parecer acalentador para aqueles que julgam a exploração sexual ao que deve ser positivamente coibido pelo Estado, todavia tal abertura da tipicidade penal poderia conduzir mais facilmente à criminalização de parcelas da população mais vulneráveis ao sistema de poder penal.

Restam ainda as novas figuras do Tráfico Internacional de Pessoa para fim de exploração sexual (art. 231): *“Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8*

(oito) anos. § 1º *Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.* § 2º *A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.* § 3º *Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.”* E o Tráfico Interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A) *“Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.* Tais crimes podem ser problematizados à luz do posicionamento internacional que o país tem assumido no combate às formas de tráfico humano²⁸⁴.

O tráfico humano reduz a exploração do corpo a uma forma contemporânea de escravidão, em que o corpo coaptado (seja por promessas de uma vida melhor, de uma carreira artística ou de “modelo” ou ainda pela dura violência ou grave ameaça) é submetido à supressão a condição de cidadania com o confisco de sua documentação

²⁸⁴ Abrigados como crimes em 2009, conforme o art. 3º. Do Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, promulgado pelo Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004, que define o tráfico de pessoas. Ainda, em 26 de outubro de 2006, é lançado o Decreto n. 5.948 aprovando a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. E, em 8 de janeiro de 2008, nosso país aprova o Plano Nacional de enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – PNETP, atualmente em vigor cujas ações visam à integração dos sistemas de inteligência e de repressão do Estado e campanhas publicitárias de esclarecimento e publicização dos atos que constituem a cooptação e a logística envolvida nos casos de tráfico de pessoas. Material gráfico de esclarecimento e até um disque-denúncia são instrumentos utilizados. A grande dificuldade em abordar as vítimas dos crimes em questão é que muitas delas são ludibriadas quanto a finalidade de seu deslocamento em território nacional ou internacional. Convencidas por promessas de trabalho ou carreira, partem de suas casas ou do país por espontânea vontade, apenas conhecendo seu destino quando já submetidas a uma ordem de violência e de exploração sexual. Estuprados, violados e sem direitos, tais corpos (de homens, mulheres e crianças) são reduzidos a coisas em valor dado sua rentabilidade no mercado do sexo. Uma situação que infelizmente se perfaz com sua crescente rentabilidade, encontrando no jogo do mercado econômico um grande incentivo e no drama da carne uma enorme violência.

ou com a supressão de sua liberdade mediante o confinamento violento ou por graves ameaças, recebendo muito pouco ou nada por essa submissão.

E pela Lei no. 12.015 de 7 de agosto de 2009, passam a ser considerados crimes hediondos, além do estupro, o estupro de vulnerável, a violência sexual mediante fraude, o favorecimento da prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, o tráfico internacional e nacional de pessoas para fim de exploração sexual, além do favorecimento e exploração da prostituição de vulnerável e a satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente.

Ainda permanecem criminalizados os crimes referentes ao “Ultraje público ao Pudor”, mediante a conduta do “ato obsceno” (art. 233) *“Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”*. E escrito ou abjeto obsceno (art. 234) *“Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem: I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter; III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno”*, com uma nova fórmula, pois abrigados em uma ordem penal cujo “risco” se impõe como critério de criminalização, o uso de tecnologias de mídia ou de informação pode ser considerado instrumento de propagação de pornografia e de atos sexuais. Nessa linha, o ato obsceno se transforma em um discurso criminalizador de qualquer forma de atentado à sexualidade, em conformidade com “os novos medos e inimigos sociais”. Os crimes deste capítulo do Código Penal encontram sua mais recente função: servem essencialmente como a vigilância ou a porta de entrada para as criminalizações mais graves de natureza sexual.

Por fim, resta mais um conjunto de tipos penais que são abrigados pela Lei Maria da Penha (Lei no.11.340 de 7 de agosto de 2006). Uma lei cujo objetivo é criar *“mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher,*

nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar”, conforme sua exposição de motivos.

A Lei Maria da Penha, promulgada em 2006, foi a resposta do Estado brasileiro contra as denúncias cada vez mais insistentes de violação de direitos e de garantias fundamentais de mulheres vítimas de violência doméstica. Para tanto, foram criadas novas definições legais, acompanhadas de políticas públicas responsáveis por acolher as mulheres e a família mediante sua situação vulnerável. Fruto de inúmeras controvérsias, a Lei Maria da Penha teve sua reconhecida constitucionalidade, inclusive com o afastamento da competência dos Juizados Especiais Criminais e garantiu a existência de ações contra os agressores mesmo quando a queixa é retirada ou não é nem feita pelas mulheres.

Também destaca-se pela sua nova tipologia sobre violência doméstica e violência sexual, tocando em um tema considerado tabu pelas legislações anteriores: o reconhecimento da violência sexual no interior de relações jurídicas “legais” como o casamento, valorizando o vício do consentimento da mulher nas relações sexuais como núcleo do crime, não interessando qual é sua posição jurídica e social.

A violência doméstica é definida pelo art. 5º. e 6º. Como: *“Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida,*

independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

E em seu art. 7º. são descritas as formas de violência doméstica, entre elas a violência sexual. Nesse sentido:

São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A violência sexual é descrita mediante uma série de condutas específicas voltadas para a “proteção” da mulher em uma reconhecida situação de vulnerabilidade de sua “carne”. Tal discurso é exemplo de um Direito Penal que expande sua lógica de criminalização para além da estrutura do Código Penal, reconhecendo diversos campos de atuação social para as estratégias de controle social e de neutralização dos sujeitos considerados “inúteis” à lógica do sistema penal atuarial.

Eis que na atual tipologia dos crimes sexuais houve muitas mudanças nos processos de criminalização das condutas relacionadas ao sexo. Nesse sentido, cumpre destacar que tais alterações estão atreladas às próprias transformações nas estratégias de poder e de saber responsáveis por formatar e por controlar os corpos humanos e gestá-los em sua individualidade e coletividade. Um poder que se reveste

no controle da vida como função e, por correlato, no controle do sexo como instrumento. O sexo emerge como alvo do poder na exata medida que figura como essencial na vida humana. Daí a necessidade permanente de seu controle. Atrelado à funcionalização econômica da vida humana, o sexo ganha valor de mercado em que utilidade e inutilidade representam o discurso de sua capitalização.

Na valorização do sexo como um princípio econômico da vida, o Direito Penal é chamado a reorganizar sua estratégia seletiva de criminalização para dar conta de uma nova função da sexualidade. Da imoralidade para a doença, e agora, a economia do corpo. Esse é o desafio da “dignidade sexual”: romper com a economicização do sexo e mantê-lo sob o abrigo da dignidade pode ser um caminho para construir resistências à política exploratória e punitiva da vida humana.

2.2.2. Um bem jurídico reinventado

O discurso “oficial” do Direito Penal como a “*ultima ratio*” emerge vinculado à principiologia dos Estados de Direito modernos, pautados pela legalidade como uma conquista histórica dos cidadãos ante a violência arbitrária do poder do Estado, ou seja, como um limite formal ao poder de punir. E como um discurso assentado no baluarte da legalidade, o saber oficial do Direito Penal construiu dogmaticamente sua função legitimadora perante um quadro social em que “a proteção de bens jurídicos” únicos e universais deveria atender igualmente a bens que interessam todos os cidadãos.

Um discurso que possibilita a colaboração de outras leituras originárias de vertentes do Direito cujo aporte está atrelado a conceitos como a liberdade e o sujeito de direito, central para a compreensão da importância adquirida pelo bem jurídico penal.

O sujeito de direito indicaria, segundo Dimitri Dimoulis, um titular de um direito, ou seja, “a pessoa ou a entidade que possui a capacidade de adquirir um direito ou assumir uma obrigação, impondo sua vontade e preservando seus interesses”²⁸⁵. Este sujeito de direitos, tão irreal quanto decisivo na formulação dos aportes de direito, se

²⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 220.

tornou o centro das experiências jurídicas modernas. Gravitando em torno dele, as promessas modernas e as questões relacionadas à vida e ao corpo se apresentam conectadas com sua expressividade. Nesse sentido, o sujeito de direito pode ser pensado quanto às transformações da liberdade e da construção da subjetividade em termos de “bem jurídico”.

Se o indivíduo é o centro de toda a experiência possível, o lugar da liberdade é seu interior e a partir de seu juízo, ela se revela ao mundo. O sujeito racional e livre, dotado de “autonomia” se torna o centro da experiência política e jurídica modernas. É o sujeito do contrato social. A liberdade do homem é a condição de entrada dele na vida em sociedade. Nesse sentido, versa José Antonio Peres Gediél:

A liberdade natural é a ideia-força do pensamento político moderno, consistindo em atributo imanente a todo homem, que o move na busca de um modo de organização da vida em sociedade capaz de assegurar a paz e a felicidade. Ao se reconhecer a dimensão individual e a moralidade da felicidade humana admitia-se a possibilidade de oposição do sujeito a qualquer ordem religiosa, política e jurídica preestabelecida que as impedisse. A liberdade, sob essa ótica, era uma faculdade natural, decorrente da capacidade singular de todos os seres humanos de julgar e decidir a respeito de seus interesses individuais, sem qualquer condicionamento religioso ou social²⁸⁶.

Todavia, passada essa primeira experiência como o espaço por excelência da afirmação e emancipação do indivíduo perante Deus e como a base da organização política contratualista da sociedade, ao longo do século XVIII a liberdade passa, pouco a pouco, a ganhar um novo delineamento²⁸⁷. Com a consolidação dos Estados de Direito, a noção de liberdade está cada vez mais inserida no interior do sujeito, abrigada como atributo da sua subjetividade. E, por isso mesmo, sob a guarda da lei. Desse modo, a liberdade natural do indivíduo, a sua condição de possibilidade de acesso ao mundo social, passa a figurar ao lado dos chamados direitos subjetivos. Assim,

A liberdade aparece associada, a partir de então, às liberdades públicas fundamentais de proteção do indivíduo contra o Estado, ou, ainda, ao dever de abstenção do Estado de Direito, em relação a certas atividades do sujeito.

²⁸⁶ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 13.

²⁸⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*, 2000, p.15.

Abandonou-se, pouco a pouco, a liberdade natural em benefício da liberdade civil, vale dizer, limitada pela lei²⁸⁸.

A experiência da liberdade moderna só é possível se levada em conta o sentido de novas entidades, como o Estado, o Direito e o sujeito. A liberdade reconhecida como uma qualidade natural do indivíduo, tão importante para o contratualismo²⁸⁹, pois é o que precede a ordem jurídica e social por ele fundada, possui, por seguinte, outro aspecto, a segurança e a garantia do homem perante a organização estatal. Na relação entre liberdade e poder delineada na época do contratualismo, sobressai a figura do Estado, que se torna o espaço de realização do poder e da política. Destaca Claus Roxin sobre a questão da liberdade quanto às interpretações de penalistas clássicos como Von Liszt:

Enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do poder estatal, enquanto nos ativermos ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a rígida arte de uma interpretação de leis que opere com princípios científicos manterá a sua importância²⁹⁰.

A liberdade resta consolidada como uma garantia do indivíduo em face deste poder, deslocada da política e, mais tarde, nos limites do século XIX, efetivamente condensada como um atributo do sujeito.

Uma liberdade, pensada por Hannah Arendt “como alvo direito da ação política” a partir da convivência entre os homens e da organização de uma comunidade política, que passa, pouco a pouco, a ser problematizada mediante sua interiorização no indivíduo como um “espaço íntimo no qual os homens podem fugir a coerção externa e sentir-se livres”²⁹¹. Uma liberdade cujo sentido e significado se enlaçam no sujeito e passa a reclamar uma proteção jurídica.

A liberdade permanece nos textos das Declarações Fundamentais e das Constituições, para significar apenas as garantias individuais inalienáveis dos sujeitos nas relações com o poder estatal, mas o poder efetivo volta a se

²⁸⁸ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*, 2000, p.15.

²⁸⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*, 2000, p. 17.

²⁹⁰ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 04.

²⁹¹ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 129.

localizar no Estado, e a liberdade contra ele se expressa sob a forma de garantias específicas²⁹².

Todavia, nem mesmo tal noção de liberdade abrigada no interior de um Estado forte e soberano pôde resistir aos atributos econômicos delineados pela irrefreável capitalização dos espaços sociais. As transformações implicadas pelo desenvolvimento capitalista repercutiram nas esferas sociais, políticas e, sobretudo, econômicas. O mecanismo econômico mercantil é substituído pela industrialização impulsionada por um crescente comércio internacional. Destaca Dimoulis, que a figura do “sujeito de direito” tem uma particular importância no ordenamento jurídico das sociedades capitalistas, “onde, como sublinhava Pachukanis, é fundamental a liberdade para realizar trocas econômicas e a igualdade entre as pessoas que as realizam”²⁹³. A intensa acumulação de capital já não tem como destinatário os governos nacionais, pois nessa nova realidade emerge a figura do capitalista, ou melhor, de uma classe capitalista possuidora dos meios de produção (fabris ou comerciais) responsáveis pela movimentação econômica e social. A dinâmica do poder sobre a vida e a consolidação de um capitalismo pós-industrial, os aportes narrativos da liberdade e da fundamentação do Direito Penal enfrentam uma resignificação.

Nesse mote, o signo do poder deslocado do Estado para a economia impõe à dinâmica social um perfil econômico que atingiria ainda as transformações nos conceitos de liberdade e de sujeito de direitos, em que o sentido da liberdade como subjetividade é exportado para uma liberdade de produção, de consumo, de renda. A liberdade é facilmente transposta como liberalismo dissolvido em um mercado liso, fluido e globalizado como já demonstraram Hardt e Negri, na desterritorialização do Império contemporâneo²⁹⁴.

De forma geral, o ideário das doutrinas liberais versa sobre algumas características como a defesa da liberdade individual e dos direitos individuais, o

²⁹² GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*. p 19.

²⁹³ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221.

²⁹⁴ HARDT Michael & NEGRI, Antonio. *Império*, 2005.

reconhecimento do pluralismo, a separação de poderes, a limitação do papel do Estado, a defesa do modo de produção capitalista e do mercado livre²⁹⁵. Tais ideias imperam sobre um pano de fundo comum, em que a figura do sujeito adquire uma proeminência fundamental.

Nesse quadro, a liberdade é entendida como um ato de vontade subjetiva, capaz de ensinar a responsabilidade pessoal pelos atos e palavras do homem, e a ideia de um “sujeito” encontra-se abrigada pela figura dos direitos subjetivos, como um limite a qualquer instância de poder (político). A doutrina liberal individualista pode ser pensada, então, como a disposição do espaço público como um serviço das liberdades individuais. A consequência direta do embate dessas tradições é o enfraquecimento da divisão entre o público e o privado mediada pelo constante economicização de todo e qualquer aspecto social, intelectual, político, cultural e ainda, individual, psíquico e corporal da vida humana.

A noção de “bem jurídico” emerge em toda sua possibilidade. Em um mundo de valores econômicos esgotados na fórmula contratual de um sujeito de direito, o abrigo legal se reveste na posição de “bem”: de um sujeito e seu patrimônio (que é possível ser de propriedades físicas e intelectuais, de coisas corpóreas e incorpóreas).

Um bem jurídico se converte em um valor que merece a tutela legal. Um valor essencial para a promoção da vida humana em todos seus sentidos. E sob o discurso da “proteção de bens jurídicos”, o Direito Penal é acolhido para fundamentar sua ordem de repressão sob o véu da legalidade.

Nesse sentido, Winfried Hassemer denuncia a discrepância entre a garantia de criminalização assegurada pela “proteção dos bens jurídicos” pelo Direito Penal e a própria análise da legislação penal, que nem sempre corresponde aos objetivos enunciados. Para o autor, o conceito de bem jurídico permanece:

El problema central de la doctrina del bien jurídico era y es que ha permanecido anclada en esta tarea. Ya inicialmente era previsible que el concepto de bien jurídico no fuese capaz de enfrentarse a los dos grandes obstáculos vinculados: los intereses políticos criminales de conseguir una criminalización global y los intereses de la ciencia penal de ser capaz de oponer un concepto crítico sistemático de bien jurídico: se trataba de extender el concepto de bien jurídico para poder abarcar a todo el Derecho penal o de restringirlo para criticar al

²⁹⁵ KOZICKI, Kátia. Democracia Radical e Cidadania. Reflexões sobre a Igualdade e a Diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In. *Repensando a Teoria do Estado*, p.334.

Derecho penal por su abandono del campo, delimitado por bienes jurídicos. Así Feuerbach había admitido «Delitos en sentido amplio» en los casos en que no se daba la protección de un bien jurídico, y Birnbaum acabó su búsqueda de bienes jurídicos aprehensibles como personas y cosas en los valores morales de la sociedad. Con ello aparece claro: cuanto más vago es el concepto de bien jurídico y cuantos más objetos abarca, más tenue se vuelve la posibilidad de contestar a nuestra pregunta de si el Derecho penal cumple su función preventiva.

Tal questão suscita, segundo Hassemer, a emergência da contraposição entre um Direito Penal Simbólico e, o que chama, de Direito Penal Comunicativo. A lei penal estaria composta por dois objetivos diversos em um mesmo contexto: um objetivo direto ou manifesto e um objetivo oculto ou latente. E ambos estão abrigados pelo processo de racionalização de incriminação. Daí a sustentação de uma espécie de “crença” na racionalidade das criminalizações penais, e, também, na noção de bem jurídico como objetivo do Direito Penal. Tais “racionalizações” legais são o que possibilita a emergência, segundo Hassemer, de criminalizações de qualquer tipo sustentadas por uma função penal simbólica e amplamente estendida. Nesse sentido:

No es fácil aislar y precisar los elementos del Derecho penal simbólico en los que basar la crítica al fenómeno descrito. No es suficiente señalar que se trata efectivamente de una discrepancia (entre funciones manifiestas y latentes o entre efectividad y prestigio) ya que como he mostrado, esta discrepancia es un rasgo de todo Derecho penal moderno. El objeto debe ser determinado adicionalmente a través de alguna cualidad crítica, para que el «Derecho penal simbólico» sea visto como un fenómeno negativo o peligroso. Esta cualidad crítica se basa -y ésta se presenta en todos los casos de promulgación de leyes simbólicas- en la oposición entre apariencia y realidad, apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad. Esta cualidad da en mi opinión en el objetivo acertado, con los requisitos ya enumerados, que bajo «engaño» no se entiende una determinada disposición (motivos e intenciones históricas del legislador) sino una cualidad objetiva de la norma y siendo consciente que «promulgación simbólica» es un concepto aumentativo, que describe un más-o- menos y no un y/o. «Simbólico» en sentido crítico espore consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Con ello se entiende -como ya expresa la determinación del concepto- por «funciones manifiestas» llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma. Las «funciones latentes», a diferencia, son múltiples, se superponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una «necesidad de actuar» a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino «engaño» o «apariencia»:

Los fines descritos en la regulación de la norma son -comparativamente- distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como ésta se presenta. Finalmente en esta concreción de «simbólico» no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas (como §220a StGB) apenas se espera aplicación alguna²⁹⁶.

As consequências, segundo Hassemer, é a expansão cada vez mais intensa do Direito Penal simbólico cujas implicações nas formulações legais vêm acompanhadas de uma “racionalidade” incriminadora. Qualquer conduta humana, nessa linha, implicada a um modelo de racionalização poderia figurar como um bem jurídico indispensável (evidenciando a forte influência da mídia, dos “valores, das “moralidades”, da “economia”), destacando as criminalizações cada vez maiores de condutas definidas como de “perigo abstrato” – ou seja, a inclusão da possibilidade de criminalização assentada na noção de “risco”. Em suma, na emergência de um sistema penal cuja racionalidade de “proteção dos bens jurídicos” dá amparo a formas de ilegitimidade das pretensões criminalizadoras abrindo espaço para “pré-conceitos, idiossincrasias ou quaisquer espécies de fundamentos” que utilizam o sistema penal como forma de exclusão e de perseguição contra pessoas ou grupos humanos.

Para Juarez Tavares, a discrepância apontada por Hassemer entre os objetivos manifestos ou diretos e os ocultos ou latentes dá lugar à discussão da ilegitimidade das normas penais e da pretensão à sua legitimação simbólica.

Na medida em que a doutrina busca enfrentar as dificuldades de uma racionalização das normas penais a partir de sua identificação com a legalidade, está claro que cada vez mais irá se valer de argumentos e objetivos simbólicos, os quais passam a se entranhar em toda produção jurídica. O simbólico passa a fazer parte da argumentação, como meio pelo qual a doutrina se faz comunicar com a realidade justificando as normas incriminadoras como obra de uma legalidade racionalizada²⁹⁷.

O simbólico, segundo Tavares, se tornaria uma expressão de “utilidade”, e seu uso estaria associado “à necessidade de justificar de qualquer modo a legalidade, ainda que esta legalidade não corresponda aos interesses diretos da comunidade, ou

²⁹⁶ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. In Pena y Estado, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.

²⁹⁷ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*, p. 07-08.

seja, ainda que careça de legitimidade”²⁹⁸. Tal seria o paradoxo em que os códigos penais corresponderiam ao drama kafkaniano, em que os verdadeiros objetivos da lei não estariam na evidência de sua legalidade, mas na expressão dos sentimentos ou dos interesses da autoridade. O Código Penal, nessa linha, seria um campo fértil para os discursos de poder desvelarem seus interesses e controles sobre os corpos humanos, sob a roupagem simbólica de legitimidade. Uma situação que coloca a definição de bem jurídico como central na lógica de controle social.

Dessa forma, segundo Cirino dos Santos, seria necessário entender a teoria do bem jurídico neste confronto de poderes e, especialmente, mediante sua função real de seleção e de controle social. Para parte da doutrina penal, o bem jurídico funcionaria como um *critério* de criminalização, pois:

Toda lesão de bens jurídicos deve ser criminalizada (o que é correto) e negando que nem todo bem jurídico deva ser protegido por criminalização (o que também é correto), mas rejeitando o bem jurídico como objeto de proteção penal, porque no homicídio e no estupro, por exemplo, a pena criminal não protegeria a vida, nem a sexualidade da vítima²⁹⁹.

Entretanto, tal concepção de bem jurídico deixa de fora a possibilidade de se determinar um referente material para a definição do crime, capaz de exprimir a “negatividade social das situações conflitais da vida coletiva das sociedades modernas e de indicar hipóteses merecedoras da criminalização legal, admitindo que o Direito Penal ainda fosse necessário para a solução de conflitos”³⁰⁰.

Para além de critério da criminalização, um bem jurídico penal (se possível) deveria necessariamente ser reconhecido mediante uma situação material realizável nas diferenças brutais da luta de classes. Nas negatividades de direitos e de garantias impostas aos corpos mais vulneráveis que um bem jurídico penal deveria buscar sua efetivação.

²⁹⁸ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*, p. 07-08.

²⁹⁹ Neste sentido, Segundo Cirino dos Santos, advogaria o penalista latino-americano Zaffaroni. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2006, p. 15.

³⁰⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2006, p. 14.

Assim, uma teoria do bem jurídico penal só seria possível (e ainda fundamental em um Estado Democrático de Direito) como critério de criminalização, mas também como objeto de proteção do Direito Penal. Na definição de Cirino dos Santos:

Na verdade, o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui objeto de proteção – e poderia ser aflitivo imaginar o que aconteceria com a vida e a sexualidade humanas se não constituíssem objeto da proteção penal, ainda uma resposta legítima para determinados problemas. Assim, o objetivo de evitar a criminalização da vontade de poder, ou das expectativas normativas etc, - fundamento da rejeição do bem jurídico como **objeto** de proteção penal – parece insuficiente; além disso, admitir a proteção de bens jurídicos para a criminalização não exclui a necessidade de relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal – sempre *subsidiária e fragmentária* – nem implica incluir todos os bens jurídicos como objeto da proteção penal. Mais ainda, se a fonte exclusiva de bens jurídicos como objeto de proteção penal é a Constituição da República – fundamento político do moderno Estado Democrático de Direito – então a criminalização da vontade de poder ou de meras expectativas normativas parece remota; ao contrário, a rejeição do bem jurídico como objeto de proteção fragmentária e subsidiária de criminalização poderia criar um vazio legal preenchível pela vontade de poder, ou pelas expectativas normativas como objetos de criminalização – sem falar na incomoda proximidade com a teoria sistêmica de Jakobs, que despreza o bem jurídico tanto como objeto quanto como critério de criminalização. Em suma, a tese do bem jurídico como critério de criminalização e como objeto de proteção penal – ainda que concreta a lesão o bem jurídico indique a ineficácia da proteção – explica o Direito Penal das formações sociais capitalistas³⁰¹.

Apesar de frágil a suposta proteção dada pelo Direito Penal aos bens jurídicos (e até mesmo sua impossibilidade diante da agressão à vida e à sexualidade), a teoria do bem jurídico serviria como uma garantia à vontade de poder ou aos arbítrios punitivos e expansionistas que veem a violência penal como uma forma eficiente de controle social devastando os corpos indesejáveis à lógica de poder (econômico). Uma teoria assentada ainda na necessária fragmentariedade e subsidiariedade da aplicação da lei penal, como o último recurso da força do Estado para as mais graves e irreparáveis lesões. Nesse sentido advogam teóricos, como Luis Regis Prado, para quem, sem o bem jurídico e seu limite constitucional, o sistema penal seria muito mais vulnerável aos desmandos de poder e muito mais eficiente na punição da vida humana³⁰².

Mas como a sexualidade pode figurar como um bem jurídico penal? Ou ainda: é possível pensar em um Direito Penal sexual?

³⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2006, p. 15-16.

³⁰² PRADO, Luiz Regis. *O bem jurídico penal e a Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Por óbvio que a violência sexual, dada sua gravidade, merece uma resposta do Estado, ainda que sua proteção apenas recaia quando já violada a carne, quando ela já está imersa na dor e no drama de sua violação. Todavia, os significados dessa reposta penal estão imersos em discursos que atravessam a materialidade imprescindível do bem jurídico penal. Nos discursos produzidos sobre o sexo e sua criminalização sobram espaços para as ideologias sociais, para as moralidades restritas, para os preconceitos, para as demandas de culpabilização dos indesejáveis. Discursos que podem ser organizados na doutrina penal, conforme José Luis Diaz Ripolles, mediante dois conjuntos de teses sobre o tema: as “tradicionais” e as “modernas”.

As “teses tradicionais” versam sobre a função de proteção do Direito Penal da moral social e dos valores ético-sociais, pois não caberia ao Direito Penal discutir aquilo que deseja a sociedade para a melhor convivência entre seus pares. Nessa linha, apenas o atentado à moralidade que interessar ou atingir o corpo social deve ser criminalizado. Segundo tais teses:

Desde um principio queda claro que la moral individual, la inmoralidad sin ninguna repercusión social, queda margen de la consideración del derecho penal sexual, y que em todo caso el derecho penal se há de contentar con el acatamiento externo de tales normas, con la mera obediencia, sin exigir su aceptación subjetiva, elemento este precioso para que una acción sea de mérito moralmente.

Por outro lado, hay interés en precisar que no todos los actos que violan la moral sexual social han de ser reprimidos por el Código Penal, y, en esta línea, se echa mano de la conocida afirmación de que el derecho penal há de proteger el “mínimo ético-social”, por lo que no há de ocuparse de las conductas de escasa relevância ético-social ni, por supuesto, indiferentes o neutras³⁰³.

Nesse prisma, o bem jurídico penal sexual resume-se à proteção absolutamente abstrata de certa “moralidade” que possibilitou a entrada de qualquer forma de discurso criminalizador de práticas sexuais diversas, de corpos considerados impróprios, de carnes vulneráveis à vontade de poder. A preocupação dos que advogam tal tese é delimitar o sistema punitivo a favor do combate à degeneração dos valores sociais das classes mais poderosas evitando a decadência moral, cultural, política e econômica das sociedades. O Direito Penal é o espaço de defesa dos costumes, considerando uma perspectiva de consolidação de “su función educadora y propulsora de las

³⁰³ RIPOLLES, José Luis Diez. *El Derecho Penal ente el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual)*, 1981, p. 13.

costumbres sociales, poseyendo una gran incidencia sobre el desarrollo y perfeccionamiento de la vida social, al dirigir las conductas humanas hacia direcciones socialmente válidas”³⁰⁴. Esta seria em linhas gerais a tarefa legítima do Direito Penal.

As teses “modernas”, destaca Ripolles, partem do pressuposto da necessária e radical separação entre o discurso moral e o direito, evitando a valorização ética da punição do Estado que persiste pela reiteração de máximas como “salvación espiritual de los destinatários da lei”³⁰⁵. Tal conjunto de teses “modernas” reitera a urgência da secularização das discussões sobre o tema da sexualidade no interior do sistema punitivo, entendido mediante o reconhecimento do pluralismo social, da opressão das minorias (sexuais), da intolerância e restrição das abordagens religiosas e da impossibilidade de uma tutela penal da moral do cidadão em um Estado Democrático de Direito e de garantias de Direitos Humanos. E os partidários de tais teses se desdobram em buscar uma função possível a ser cumprida pelo Direito Penal em matéria da sexualidade.

Para além das teses jurídicas, há que se destacar a importância central da Criminologia Crítica, especialmente no desvelar das desigualdades de gênero presentes no substrato de poder nos crimes sexuais. Mesmo diante das discussões sobre a moralização ou secularização do tema do sexo, a Criminologia Crítica, por meio de sua denúncia pontual das desigualdades econômicas que alimentam o sistema penal, também contribui para a reflexão sobre como essas desigualdades caminham no interior da produção das subjetividades humanas e de seu sexo. No cerne da criminalização sexual, também há um processo de seletividade e de exclusão cujo aporte recai sobre as carnes humanas mais frágeis ao sistema capitalista de produção.

Segundo Barata, o Direito Penal tradicionalmente concebido como “um sistema de controle específico das relações de trabalho produtivo, e, portanto, das relações de propriedade, da moral do trabalho, bem como da ordem pública que o garante”³⁰⁶,

³⁰⁴ RIPOLLES, José Luis Diez. *El Derecho Penal ente el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual)*, 1981, p. 17.

³⁰⁵ RIPOLLES, José Luis Diez. *El Derecho Penal ente el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual)*, 1981, p. 21.

³⁰⁶ BARATA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 45.

também estaria aberto à questão do gênero como uma variável a seletividade e etiquetamento social. O Direito Penal, sob o signo da ordem pública está vinculado, segundo Barata, à ordem masculina, enquanto o papel social desempenhado pelo feminino estaria condicionado aos controles sociais informais. Para além de sua função já denunciada de sancionamento das desobediências do trabalho (masculino), o sistema penal “é integrativo do sistema de controle informal”, se expandindo no sentido de criminalizar os atentados contra os controles informais, contra os papéis sociais de manutenção do *status quo* ou o papel desempenhado por mulheres (e crianças e adolescentes). Assim, tipos específicos de crimes como o aborto, o infanticídio e o abandono de menores recebem uma importância a ordem punitiva como forma de seleção daqueles (as) que não desempenhariam “bem” sua vocação de “gênero”.

Mais do que a moralidade, os corpos de mulheres (especialmente as pobres, negras ou trabalhadoras em subempregos), dos homossexuais, dos desprovidos de quaisquer direitos se apresentam muito mais vulneráveis a se tornar tanto vítimas quanto algozes de um sistema que promete combater as “indecências” ou as “brutalidades” cometidas por corpos bárbaros, sem educação, sem moral, sem saúde, sem nada.

É desse modo que, em linhas gerais, podemos delimitar a construção dos critérios de criminalização do sexo em nossa sociedade e a resposta jurídica dada pelo Direito Penal, segundo o desenho traçado por Ripolles:

1. *O espelho do homem médio*: um dos mais curiosos e persistentes critérios utilizados por um sistema penal pautado no desvelamento da moralidade “social” é sua fundamentação no “homem médio”. O homem médio é uma construção abstrata e irrealizável, cujo objetivo é destacar a compreensão “média ou normal” de determinado fenômeno pela sociedade. O homem médio não é o mais inteligente, o mais saudável, tampouco desprovido de inteligência, de saúde ou de razão. Ele é a média abstrata do todo e o fundamento de certa universalidade do sistema punitivo, uma vez que seria capaz de evitar que o sistema penal construísse seu critério de criminalização a partir de entendimentos particularizados, localizados ou que não correspondessem com o entendimento “médio”. O homem médio destacaria a compreensão média da sociedade

sobre tal delito, tal vítima, tal culpa, tal réu, de forma a delimitar o fundamento da punição penal a critérios razoáveis. Seriam os anseios e as expectativas do homem médio, o arquétipo necessário para justificar a atuação do Estado e de seu poder penal sobre determinados fenômenos sociais e o que, em última instância, legitimaria sua intervenção³⁰⁷.

A seleção dos bem jurídicos protegidos pelo Direito Penal só seria possível ao “escutar” as demandas do “homem médio”. Entretanto, é justamente diante da abstração do homem médio que seu critério pode e é preenchido pelas “vontades de poder” que tramam a força punitiva do Estado. O critério do “homem médio” é a porta aberta para a racionalização de preconceitos, de interesses políticos, econômicos, sociais e culturais, levando a “seletividade” e a “violência” do sistema penal à patamares considerados “médios e normais”, justificando tais abusos como anseios e expectativas do homem médio. Assim, a sexualidade como tema da criminalização seria apenas possível diante da compreensão e aceitação do homem médio. Nessa medida, os costumes constituiriam o modelo pelo qual o homem médio aceitaria e entenderia a criminalização dessas condutas.

2. *A moralidade social*: a moralidade social pode ser descrita mediante o conjunto das convicções morais, culturais, políticas e econômicas que figuram em dado momento em certa sociedade. Dessa forma, o critério de criminalização dependeria do conjunto dessas convicções morais que permeiam e fundamentam a sociedade. Entretanto, poder-se-ia argumentar que se o conjunto moral é critério de criminalização, qualquer mudança de “convicção social” poderia alterar significativamente a lei penal. Observa-se que tal critério entende a lei como correlato das expressões sociais a ela adjacentes. O fundamento da punição seria (novamente) um critério abstrato e idealizado, fundamentado no reconhecimento *apriorístico* da realidade e da sensibilidade coletivas, daquilo que é tão fundamental para uma sociedade que não mudaria³⁰⁸. Nesse sentido, a fundamento da criminalização seriam aqueles valores

³⁰⁷ RIPOLLES, José Luis Díez. *El Derecho Penal ante el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual)*, 1981, p. 158-159.

³⁰⁸ RIPOLLES, José Luis Díez. *El Derecho Penal ante el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual)*, 1981, p. 163.

sociais como a honra, a decência, os costumes ou base moral do conjunto social como o baluarte da criminalização da sexualidade.

3. *O critério científico*: a incorporação dos critérios científicos (em especial médicos) pelo sistema penal é influenciada, sobretudo, pelas escolas positivistas criminais, a partir do final do século XIX, e seu impacto é imenso nas discussões sobre a criminalização da sexualidade. De fato, o saber-poder médico-científico tem uma ampla entrada no rol de discursos criminalizadores sobre a sexualidade sendo, ainda hoje, pouco criticado. Afinal, fica muito difícil combater o fundamento da punição ou da exclusão social quando pesa um “diagnóstico” médico (leia-se “neutro” e verificado cientificamente). A criminalidade sexual é reduzida a uma patologia individual ou social, cujo método curativo é a imbricação entre norma e direito. Eis que a criminalização ganha um fundamento irretocável: são doentes e necessitam de tratamento, correção e cura. Sob tal tríade, o crime sexual ganha o status de problema de segurança e de saúde públicas. A inferência do Estado vai além da mera punição penal, buscando a constante contenção mais adequada para a “periculosidade” dos agentes anormais ou patológicos.

4. *O capital econômico*: para além dos critérios de criminalização já apresentados por Ripolles, destaca-se a determinação essencial dos valores econômicos na interior dos discursos punitivos. De fato, a relação entre o Direito Penal e a economia capitalista nem sempre aparece de forma precisa no enunciado do discurso oficial de “proteção de bens jurídicos”. Mas, a própria condição de existência de um sistema penal da forma como o conhecemos está assentada em um modelo econômico de conflito entre classes desiguais. O Direito Penal é o instrumento de seleção, de punição e de controle de interesses econômicos que fazem da desigualdade uma estratégia de poder. Eis que o critério de criminalização, como já denunciado pela Criminologia Crítica é o capital econômico, e no caso da criminalidade sexual, o corpo sexual convertido em capital. Tão importante é a criminalização da sexualidade quanto o valor econômico adquirido por ela nas sociedades neoliberais de consumo.

Nessa linha, diante de uma abordagem biopolítica do Direito Penal sobre o sexo ou da “gestão penal do sexo”, é possível demandar a construção de um conceito de

bem jurídico? Claus Roxin, em um pequeno texto titulado “*Tem futuro o Direito Penal?*” tematizou tal problemática, apontando os seguintes critérios que devem ser refletidos sobre os discursos que se erguem perante o Direito Penal contemporâneo: 1. a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime outro; 2. a imoralidade, contrariedade à ética e mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal; 3. a violação da própria dignidade humana ou da “natureza do homem” não é razão suficiente para a punição; 4. a autolesão consciente não legitima uma proibição penal; 5. normas jurídico-penais preponderantemente simbólicas devem ser recusadas; 6. tipos penais não podem ser fundados sobre bens jurídicos de abstração impalpável³⁰⁹. Segundo o autor, seria necessário, mais do que nunca, repensar os limites do Direito Penal destacando o princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos, como forma de deduzir pontualmente quais seriam as finalidades possíveis do Direito Penal (seletividade possível ou desejada) e a proteção dos direitos humanos fundamentais e de liberdade integrados por ele. Resta o aviso de que a expansão das funções simbólicas do Direito Penal e sua transformação em uma ordem de segurança conduzem a uma expectativa falsa de “segurança” social mitigando as estratégias de controle sobre as populações.

Junto a esses critérios de criminalização que justificam a atuação do Direito Penal sobre a sexualidade, destaca-se a modificação mais recente no nome do bem jurídico penal empreendida em nosso Código Penal: a “Dignidade Sexual”, como o reconhecimento de um avanço no discurso de valorização da violência sexual, para além dos critérios famigerados e dramáticos da moral, do homem médio, da medicina e, quiçá, da economia.

O discurso da dignidade sexual foi desenhado a partir do reconhecimento da violência sexual como uma questão que fere mais do que a moral e os bons costumes, inserindo na “carne” humana uma violência, um abuso, uma violação à sua dignidade, à sua própria condição de sujeito. Sem dúvida, um importante avanço no discurso para

³⁰⁹ ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? In: *Estudos de Direito Penal*. 2ª. Edição. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 36-56.

a proteção dos bens jurídicos. Entretanto, na trilha perseguida pelas marcas da carne violada, a dignidade sexual ainda enfrenta suas trincheiras.

Se investida pelos poderes econômicos assentados em estratégias de controle, a dignidade como espaço de proteção à pessoa, pode se revelar mais um instrumento de coisificação e de exploração da carne humana, que sem valor é desprovida de sua dignidade. Eis os perigos de enfrentar um sistema punitivo que não tem nada de humano. Na lógica do capital, o Direito Penal é puro controle social e a entrada da “dignidade” como tema de controle, conduz a efeitos distantes da proteção da vida humana e da sexualidade.

O dissabor dessa “dignidade sexual” nos leva a sua encruzilhada: como integrante de um sistema punitivo seletivo e opressor e como baluarte dos direitos e das garantias contra esse mesmo sistema. Os desafios da “dignidade” são os desafios do reconhecimento da “carne” humana como a parte mais frágil de uma estratégia que faz da vida humana um instrumento produtivo. Os “Crimes contra a Dignidade Sexual” são os novos discursos criminalizadores incorporados pelo Código Penal em uma tentativa de adequar as novas demandas de culpabilização da sexualidade, agora até reconhecida como um objeto a ser protegido.

A modernização sentida pela sociedade brasileira e as próprias transformações sociais e econômicas possibilitaram o desenho de uma preocupação com o sexual que deixa a esfera moral e atinge um modelo econômico interessado na produção econômica viva dos corpos. O sexo e seu discurso se tornam, então, factíveis para o Direito Penal para além da moralidade restrita dos “costumes” quando se tornam algo extremamente rentável na economia biopolítica dos corpos.

CAPÍTULO III

Em resposta à Carne: notas sobre os fragmentos do corpo sexual e o sistema penal contemporâneo

*Onde há poder, há resistência.*³¹⁰

3.1. A “Carne” Dilacerada: os crimes sexuais e o discurso do controle

3.1.1. A conversão do corpo em um “resto” carne

O corpo já foi descrito como o espaço de circulação dos humores, da alma, do pecado, do sangue, das energias, das pulsões, da tecnologia e, em uma história sobre os discursos produzidos sobre o corpo, é praticamente impossível não relatar o investimento sobre o sexo. Sobre o corpo sexual, inúmeros mecanismos de saber-poder incidem modelando, adestrando, conduzindo, narrando e controlando nossa “carne”. Na história fragmentada e possível entre corpo e sexo, eles já apareceram em uma relação de amor e de prazer; apreendido mediante uma moralidade; em uma relação de suspeita como desejo ou falta; em uma disposição anatômica para a medicina, convertido em patologia psíquica; ou ainda, quiçá um espaço de resistência.

Uma “carne” que nas entrelinhas da “moralidade” cristã se inscreve como uma trajetória possível dos desejos e das faltas, impactando a constituição de um sistema legal-punitivo, como destaca Fabricius: “todas as religiões abramícas: judaísmo, cristianismo e islamismo, têm uma elevada relação ambivalente e dividida com a própria carne”³¹¹. E esta relação possibilita a multiplicidade de sentidos e de significados (e ainda de poderes) que se inserem sobre ela, atingindo de modo particular o direito.

³¹⁰ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: a vontade de saber*. Tomo I, 2001, p. 95.

³¹¹ FABRICIUS, Dirk. *Constituição Corporal: desenvolvimento perturbado da capacidade de consentir como base de intervenções paternalistas*. Tradução de Juarez Tavares. Conferência proferida, sem revisão, nas Quartas Jornadas de Direito e Psicanálise, realizadas na UFPR (Curitiba) de 31 de maio a 03 de junho de 2007.

Sobre a produção dos discursos sobre o sexo, não seria possível deixar de lado as contribuições de Platão em seu belíssimo texto *O Banquete*³¹², em que o diálogo entre Diotima e Sócrates destaca-se pelo debate sobre Eros e o amor. Eros não é belo nem feio, não é bom nem mal, não é erômero nem o erasta, mas uma relação que não tem na submissão do objeto sua finalidade. Eros é uma conquista ou o próprio ritual de sedução que tem na figura do outro um igual.

Os diálogos sobre Eros em *O Banquete* poderiam ser apresentados como exemplos da diferença entre os discursos sobre a sexualidade na antiguidade grega e a desenvolvida pela tradição cristã³¹³. Como se na experiência grega certa moral sexual fosse constituída de forma radicalmente distinta da “tradição” sexual prescrita pelo cristianismo e, mais tarde, pela medicina e pelo direito. Neste sentido, *O Banquete* seria lido como uma espécie de diálogo de formas de amor “livres” da repressão sexual cristã em que o amor entre rapazes, o valor do ato sexual, a masturbação e a delimitação dos parceiros legítimos, seriam a expressão desta profunda diferença.

Todavia, na erótica desenhada por Platão, um deslocamento no campo das experiências sexuais já se delineava, como apontou Foucault em seu texto *A História da Sexualidade: o uso dos prazeres*. Da arte de esculpir os corpos para o belo e para o prazer, certa relação com a busca pela verdade além do corpo se apresentou como uma possibilidade em que o uso dos prazeres inscreveu-se no campo das moralidades permitindo a construção de uma genealogia da moral sobre ou para o sexo³¹⁴. Nas

³¹² Diálogo entre Diotima e Sócrates em *O Banquete*. PLATÃO. *O Banquete*. Tradução de Donaldo Schüller. Porto Alegre: LPM, 2010, p. 111.

³¹³ Neste sentido, destaca Lorenzo Mammì: “seguindo à letra a tese de Kierkegaard (em *As etapas eróticas espontâneas ou o erotismo musical*), poderia parecer que a filosofia antiga foi muito mais tolerante que a cristã, quanto à sensualidade. Sabemos, no entanto, que não é esse o caso. Apenas, na filosofia antiga a sensualidade é uma questão meramente corporal. Sua exclusão dilui-se no problema mais amplo da separação entre alma e corpo, e não constitui um problema em si. Em compensação, a separação da alma do corpo é a principal questão filosófica desde Platão: no *Fédon* (67, d), Sócrates afirma explicitamente que “a tarefa dos filósofos é libertar a alma do corpo”. Separada do corpo, a alma se liberta autonomamente da sensualidade. Deixa de desejar, assim como deixa de ser uma individualidade, dissolvendo-se na alma universal”. MAMMÌ, Lorenzo. *O Espírito na carne: o Cristianismo e o Corpo*. In: *O Homem máquina: a ciência manipula o corpo*, 2003, p. 110.

³¹⁴ Segundo Foucault, “certa definição de ‘moral’ comportaria dois aspectos importantes a ser problematizados: primeiro, a elaboração de um conjunto moral pautado em valores e regras de ação propostas aos indivíduos por meio de instituições, códigos, leis ou valores; segundo, o modo como os indivíduos se deixam conduzir, ou seja, a forma como o indivíduo deve se constituir como um sujeito moral diante as prescrições anunciadas pelo código. Assim, além da elaboração de um conjunto mais ou

palavras de Foucault, “tratar-se-ia de ver a maneira, a partir do pensamento grego clássico até a constituição da doutrina e da pastoral cristã da carne, essa subjetivação se definiu e se transformou”³¹⁵.

O campo moral da experiência grega estaria assentado, segundo Foucault, na elaboração de uma série de práticas e de regras de conduta, que visavam transformar ou fabricar a vida humana como se fosse uma obra de arte em constante elaboração³¹⁶. O conjunto moral grego estaria relacionado com as prescrições sobre o corpo, sobre o sexo, sobre o casamento, sobre a *polis*, sobre os relacionamentos, como uma espécie de “arte da existência”, como um conjunto de “técnicas de si”³¹⁷. O corpo não seria um lugar de batalha entre o desejo e a culpa, mas de aplicação das técnicas de si, de domínio de si. Sem este conjunto moral é impossível para o homem grego sua elaboração como um ser livre.

O campo moral grego não se constituía por regras de interdição, proibição ou ameaças sobre uma subjetividade em questão. Aliás, para Foucault, nem seria possível anunciar um indivíduo portador de uma subjetividade modelada mediante a produção de um discurso sobre sua verdade, seu desejo. A construção do ser por meio das “técnicas de si” aproxima-se de uma “estética da existência”, de uma *aphrodisia*³¹⁸.

menos organizado de regras ou de valores, um sistema moral também necessita de certo *modo de sujeição* para delinear a forma como o indivíduo irá se relacionar com a regra moral e colocá-la em prática em seu cotidiano”. Ainda, “Não existe ação moral particular que não se refira à unidade de uma conduta moral; nem conduta moral que não implique a constituição de si mesmo como sujeito moral; nem tampouco constituição do sujeito moral sem ‘modos de subjetivação’, sem uma ascética ou sem práticas de si que as apoiem. A ação moral é indissociável dessas formas de atividades sobre si, formas essas que não são menos diferentes de uma moral a outra do que sistemas de valores, regras e de interdições.” Para Foucault, tais distinções não ficam restritas a teoria moral, mas encontram reflexos nos modos de se abordar sua “análise histórica”. Essa “dupla abordagem impossibilitaria uma reflexão exaustiva sobre um código moral de comportamento sem a interrogação sobre as formas de sujeição dos indivíduos, pois ainda que sejam modelos independentes, não poderiam figurar em campos dissociados. Mas, uma genealogia da moral possibilitaria a reflexão sobre como alguns modelos morais estariam mais fortemente assentados sobre as determinações de um código, enquanto outros, sobre os modos de sujeição”. FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p.41.

³¹⁵ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 17.

³¹⁶ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p.18.

³¹⁷ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 18.

³¹⁸ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 19.

Assim, no modelo grego, o campo moral tem um sentido de cuidado permanente com a vida, com o sexo, com as relações entre os corpos. Daí a problematização da constituição de um “campo moral dos prazeres”³¹⁹ em torno das regras de abstinência³²⁰.

Mas, não se trata de uma problematização exaustiva sobre a sexualidade e sua vinculação com os prazeres, tampouco uma espécie de codificação das formas de prazer no pensamento grego. De fato, sequer, segundo Foucault, é possível delimitar a noção de sexualidade (especialmente seu sentido moderno) na antiguidade³²¹. As “abstinências” anunciaram, segundo Foucault, um tema possível entre a moral de si grega e a pastoral da carne cristã; um arranjo entre saberes e poderes que se desenha ao longo das vicissitudes discursivas sobre a temática da sexualidade. Foucault identifica na “estilização” das condutas sexuais gregas uma importante função na reorganização de saberes e de poderes pela pastoral cristã. Temas que figuraram de forma descontínua até a formação dos discursos médicos e jurídicos modernos.

É o que sinalizaria, conforme Foucault, o deslocamento em Platão da *aphrodisia* para a busca da relação entre amor e verdade, mediante a lição de Diotíma à Sócrates³²², em que apenas amor é capaz de gerar o pensamento, apenas o amor pode conduzir ao “belo em si mesmo”, pois em todo objeto amado (erômero-erasta) há o reconhecimento de si (sua beleza) e de outro (o reflexo do belo) como igual³²³. Das

³¹⁹ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 47.

³²⁰ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*, Tomo II, 2009, p. 22.

³²¹ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 50.

³²² Diotima é a única personagem feminina no Banquete. Ela é quem revela a natureza do amor verdadeiro à Sócrates.

³²³ Nessa linha, destaca Foucault: “a reflexão sobre a *aphrodisia* e o domínio de si como uma condição de liberdade e de inscrição da sexualidade no campo moral, o pensamento grego desenvolveu um conjunto de práticas, de técnicas, enfim, de uma moral voltada para o tema do masculino. Na reflexão platônica sobre o amor aparece um novo tema para a erótica, a verdade. Uma verdade que não é buscada na objetificação da relação de erômero e erasta, mas na própria transformação do ser sexual em um objeto de si, um princípio que pouco a pouco denota uma abstinência, uma negação. A reflexão moral dos prazeres desenhou-se no pensamento grego mediante uma estilização da atitude e uma estética da existência voltada exclusivamente para o homem. É o homem o sujeito dessa moralidade dos prazeres, das *aphrodisias*, das prescrições sobre o corpo, sobre o casamento, sobre o domínio de si, da liberdade. Toda organização desse conjunto de técnicas de si sobre o corpo e o sexo tem como o alvo o corpo amado do homem. Entretanto, em uma moral voltada para a busca da verdade em si, para um amor à verdade, algo como uma nova moral sexual começa a se organizar. Nessa nova moral

técnicas de si sobre o belo corpo e dele sobre a alma. O movimento do amor é um eterno contínuo entre corpo e alma. Segundo Foucault, verifica-se que “não é a exclusão do corpo que caracteriza essencialmente, para Platão o verdadeiro amor; é que ele é, através das aparências do objeto, relação com a verdade” ³²⁴.

O Banquete e o Fredo indicam a passagem de uma erótica modelada sobre a prática da “corte” e a liberdade do outro, para uma erótica que gira em torno de uma ascese do sujeito e do acesso comum a verdade. ³²⁵

Nas reflexões platônicas sobre uma estética do prazer, o encantamento do amor entre iguais e seu espaço de liberdade cede, gradualmente, um lugar para emergência do racionalismo da “verdade”. Os jogos e as práticas de sedução, os rituais amorosos, as *aphrodisia*, as prescrições para o uso dos prazeres e a temperança exigida para a inscrição do sujeito em uma moral sexual, deixam os locais de fala das praças públicas, do ginásio ³²⁶, para ser encerrados em outro campo interiorizado: a subjetividade.

Pouco a pouco, o tema da austeridade reflete-se de forma sutil mediante uma relação com a verdade em si - ausente de corpo e ausente de sexo - em algo diferente da moderação. O caminho desenhado para uma relação com a verdade toma a forma de uma renúncia. Os temas de austeridade se convertem em temas de renúncia. E a renúncia é o que possibilitaria, no cristianismo, a reorganização da arte de usar os prazeres.

Isso não significou, para Foucault, a negação dos prazeres, mas sua reelaboração em outras práticas. A conduta sexual, o casamento, a dominação masculina, a virgindade, os tabus e os prazeres do corpo, são inscritos em um diferente jogo de regras pautado pela necessidade de renúncia como condição de acesso à

representada pela pastoral cristã, o corpo masculino cede lugar à carne sacra. Nesse novo lugar em que uma ‘hermenêutica do sujeito’, se torna possível no horizonte dos saberes, uma nova personagem se inscreve: o corpo feminino”. FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009.

³²⁴ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 301.

³²⁵ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 306.

³²⁶ Destaque para a importância do ginásio para a constituição do corpo grego, como o espaço de construção da condição de cidadania, segundo Sennet, “Ginásio vem do grego *gymnoi*, que significa totalmente desnudo, como condição para equilibrar os poderes dos corpos despidos, os mais velhos conduziam os jovens no modelamento dos músculos, mas também no uso das palavras”. SENNET, Richard. *Carne e Pedra*, 2008, p. 44 e 45.

verdade. É o Deus cristão que se torna o portador de uma única verdade, manifestada na afirmação inicial do Evangelho de São João “No princípio era o Verbo, e o Verbo estava junto de Deus e o Verbo era Deus”³²⁷. No anúncio da verdade em Deus, a busca pelo verdadeiro deixa os cuidados de si, deixa a relação com o outro como igual e encontra uma nova forma: a relação entre o sujeito e Deus. Na relação entre o sujeito e Deus, a corporalidade esculpida da “arte da existência” ganha uma nova conotação, pois o corpo é sagrado porque feito à imagem e à semelhança de Deus³²⁸, que em prova incontestável de sua bondade se fez “carne”³²⁹. Deus, em Santo Agostinho, é um ser “corpóreo e difuso no universo” imutável, incorruptível, inviolável e, sobretudo, o verdadeiro³³⁰. Daí as preocupações de Agostinho com o livre-arbítrio humano e a origem do mal.

Se Deus é a verdade e cria o homem à sua imagem e sua semelhança, como explicar a corrupção da carne, a maldade ou a má escolha? Para Agostinho, tal inquietação é o que marca a experiência da fé, pois há o reconhecimento de uma profunda assimetria entre o homem e Deus. É dessa relação desigual entre a carne humana e o verbo divino que o amor cristão se reveste. O verdadeiro amor é e está apenas na verdade e a verdade se encontra em Deus, mais uma razão para a “rejeição às previsões dos astrólogos” como uma condição de dizer a verdade. Os jogos de si e a relação com o outro são substituídos por uma relação de amor com Deus.

Conforme Lorenzo Mammi, foi Santo Agostinho o responsável por imprimir ao cristianismo um rumo totalmente novo na relação entre corpo e alma. Tal debate vem ao encontro das indefinições que marcavam a experiência cristã até o século IV sobre as noções de encarnação e ressurreição:

Agostinho inverte os termos do problema: em vez de elaborar conceitos absolutos de alma e de corpo, e depois tentar combiná-los, sai em busca de um conceito que resuma a mistura de alma e corpo, que é a realidade da natureza humana e o signo de sua imperfeição, para investigar em seguida como essa natureza mista pode ser orientada para seu lado espiritual ou carnal. Nas

³²⁷ Evangelho de SÃO JOÃO, Prólogo (I, 1 -18).

³²⁸ Evangelho de SÃO JOÃO, Prólogo (I, 1-18).

³²⁹ Evangelho de SÃO JOÃO, Prólogo (I, 1-18).

³³⁰ SANTO AGOSTINHO, *As Confissões*, Livro VII, p. 17.

Sagradas Escrituras, Agostinho encontra a palavra que procura: *carne*. Ao interpretar a famosa sentença do evangelho de Marcos – “O espírito é forte, mas a carne é fraca” – o santo entende que espírito, aqui, não é alma, mas o espírito divino que a ilumina, e a carne indica a natureza humana em sua totalidade, e não apenas o corpo. A frase de João – “O Verbo se fez carne” – deve ser interpretada no mesmo sentido: o Verbo divino não assumiu apenas um corpo, mas também uma alma humana. Os termos da questão são portanto deslocados: para o platonismo, a alma participava do divino, ou seja, havia uma progressão descendente, porém contínua, entre o divino e o humano. Havia porém uma fratura insuperável, dentro do humano, entre alma e corpo. Para Agostinho, a dicotomia entre alma e corpo não é essencial, mas contingente, fruto do pecado. Em compensação, não há continuidade, mas um salto incomensurável, entre espírito divino e alma humana³³¹.

Mammì aponta em Santo Agostinho, na sua *De civitate Dei* (XIV, iii), a definição do pecado original como “Não é o corpo corruptível que tornou a alma pecadora, mas a alma pecadora que tornou o corpo corruptível”, ou seja, o homem é tematizado a partir do pensamento agostiniano como um ser impuro que necessita do auxílio divino para manter-se “puro”, assim:

A santidade cristã, portanto, é algo totalmente diferente da sabedoria pagã. Para o pensamento clássico, o sábio poderia alcançar um estado de felicidade já nesta vida, mediante a redução do corpo a um mero instrumento da alma racional. Para um cristão, a felicidade não é deste mundo, e ao é possível se salvar apenas com o auxílio do pensamento discursivo (o *logos* no sentido grego). O santo é alguém em estado permanente de tensão e de tentação contínuas, que só se mantém puro porque tem consciência de sua natureza carnal. Isso abre o caminho a uma psicologia que chega até as minúcias, até os detalhes escabrosos, e que não tem paralelos no mundo antigo³³².

Para Foucault, o estabelecimento dessa relação de amor cristão passa às margens da antiga experiência das *aphrosidia* grega, pois se no princípio grego é a dinâmica entre ato, prazer e desejo que comporia a prática sexual (e moral), no pensamento cristão, o prazer é separado do ato e do desejo³³³. O prazer é desvalorizado como uma finalidade da vida humana e elidido do uso do corpo para encontrar-se tão somente na experiência extracorpórea com o divino. A negação dos prazeres do corpo conduz à valorização do desejo como uma falta do homem (de sua incompletude ou de sua natureza decaída, pecaminosa e diferente de Deus). O desejo

³³¹ MAMMÌ, Lorenzo. O Espírito na carne: o Cristianismo e o Corpo. In: *O Homem máquina: a ciência manipula o corpo*, 2003, p.112.

³³² MAMMÌ, Lorenzo. O Espírito na carne: o Cristianismo e o Corpo. In: *O Homem máquina: a ciência manipula o corpo*, 2003, p. 113.

³³³ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 55.

humano passa a figurar como a eterna promessa de atingir um lugar junto ao divino. Uma promessa que concebe o corpo como o lugar do desejo e, também, da renúncia.

Mas, segundo Foucault, a experiência cristã não pode ser reduzida apenas à noção de renúncia, pois ao lado dela (ou em consequência dela) são organizadas diferentes estratégias em torno da necessidade de decifração de si, de procedimentos de purificação e de combate à concupiscência. Essas práticas formam um conjunto de fazer falar a verdade do corpo abrindo a experiência do humano um campo totalmente novo: de um sujeito dividido entre “interior e exterior”, em que não basta se comportar bem exteriormente (perante os outros), mas é preciso decifrar o jogo de verdade na sua relação com Deus, ou seja, seu bom comportamento “interno”. São as condutas, os desejos e os pensamentos que podem e devem ser revelados a um Deus que tudo vê, e que, no entanto, impõe a necessidade de reconhecimento de assimetria entre o homem e o divino. No reconhecimento (ou confissão) da falta, a assimetria é constantemente resgatada e o pacto de fé renovado.

A “falta” é o desafio diário do bom corpo cristão e a reafirmação da diferença entre a corporalidade humana e a divina. Assim, o corpo reconhecido como “vulnerável” e inscrito na dicotomia corpo e alma é a condição para o delineamento de um novo aparelho moral. Uma moralidade que encontra nas renúncias aos prazeres da carne (o corpo exterior) e na busca pela verdade em Deus (o corpo interior), o indício de um processo de interiorização do indivíduo, de desvelamento de si, da formação de uma nova experiência subjetiva: uma hermenêutica do sujeito³³⁴.

Assim, para Foucault, o olhar para o interior delineou uma nova experiência subjetiva, de uma hermenêutica do desejo. É sobre o desejo ou o reconhecimento do desejo que uma moral sexual cristã se desenha. Daí a necessidade de uma tipificação exaustiva dos comportamentos sexuais. A moral sexual cristã procurou organizar um esquema completo sobre os temas sexuais a serem controlados. Temas como as regras do matrimônio e suas condições de validação e de anulação, o ato sexual conduzido à procriação, o adultério, os interditos sexuais como as relações contra a natureza (da procriação) como as relações sexuais com o mesmo sexo, o incesto e o

³³⁴ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 55.

sexo com animais. No desenho de uma moral cristã, o reconhecimento do desejo no corpo humano em diferença ao divino conduz a uma experiência inovadora: a constituição do corpo como “carne”.

A “carne” aparece como o corpo em eterna busca, em eterna falta, em eterno desejo. Um desejo de comunhão com o corpo divino, que perpassa para além do corpo masculino ou feminino. Os homens e as mulheres são carne e pelo desenho de um arsenal de renúncias à carne, há uma aproximação com o corpo divino. No cristianismo, é a carne que emerge como um instrumento de pecado, de erro, de afastamento da verdade, da “culpa original”, no entanto, é justamente sobre a carne que um aparelho moral e de conduta se delineia rumo à salvação. O pacto mágico entre o homem e Deus se deu mediante a entrega da carne aos desígnios do divino, e, nesta entrega, o corpo humano (carne) e o divino (alma) são finalmente integrados à perfeição e à verdade divina.

O pensamento cristão não condenou o desejo do corpo e o sexo à escuridão tenebrosa das trevas, mas o denunciou constantemente à luz da palavra, da purificação dos gestos e da penitência. Não o proibiu, mas criou práticas de acesso mediante estratégias de “fazer falar o sujeito sobre si”, de denunciar sua verdade, de fazer falar o desejo como forma de redenção. O cristianismo, na letra foucaultiana, possibilitou mediante suas práticas de verdade, o aparecimento na ordem de saberes e de poderes da verdade do sujeito, de uma hermenêutica do desejo³³⁵.

Eis a possibilidade, segundo Foucault, de perseguir as trilhas deste percurso discursivo entre corpo e sexo na organização de estratégias de fazer falar o sujeito sobre si. Eis que o pensamento cristão é confiscado por estratégias de poder, abrindo o tema da carne para a possibilidade de condução e de adestramento do corpo além da temática do amor. A carne cristã, sob o abrigo dos poderes normalizadores, se submete à domesticação ou ao adestramento do desejo como um capítulo da “história política do corpo”³³⁶. O corpo amado em carne é confiscado pelo corpo normalizado, utilizado, funcional e submisso não mais no mistério divino, mas na economia de poder.

³³⁵ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II, 2009, p. 319.

³³⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. 2ª. Edição. São Paulo: Ed, Martins Fontes, 2010, p.184.

O papel da “carne” implicaria, segundo Fabricius, um cuidado, pois “os valores se vêem corporificados como um processo que indica não apenas aprendizado e aculturação em face da apropriação da herança cultural, mas também que se podem estabelecer como um domínio alheio, o qual possibilitará a constituição do corpo”. O corpo, segundo Silva, Soares & Assmann “pode ser pensado como um território polissêmico e idiossincrático, como um traço continuamente redesenhado na cultura (...), tela sensível onde se desenrola a vida e também a morte”³³⁷, uma polissemia que atinge de forma pungente também a noção “carne”, pois, segundo Fabricius, pesam os valores cristãos que a colocam em nossa sociedade em um posição de dualidade entre corpo e mente. Sobre a “carne” restaria a posição de “cuidado”, de imaturidade e até, “irracionalidade”, que conduziriam à construção de uma “proteção paternalista” (pelo Direito) sobre o corpo. Uma “proteção” pautada no desenho da moralidade que atingiu de forma significativa a elaboração do direito, Nesse sentido:

Os argumentos para as intervenções paternalistas são sempre as (afirmadas e prováveis) irracionalidade e imaturidade. Por certo, a fixação da irracionalidade depende de preferências, cuja formação no Estado democrático de direito e no direito civil é assegurada ao indivíduo, na medida em que a capacidade social de consentir ou de se responsabilizar não seja posta em questão. O que é útil ou custoso não pode ser determinado de uma maneira geral e regular: a vontade autônoma é aqui determinante. Como fundamento resta a imaturidade, seja ela referente à carência de desenvolvimento ou à perturbação psíquica. É a imaturidade em questão corporal (e aqui, sobretudo, sexual), por certo e de fato, tão maior que em outras? De onde se justifica subtrair inteiramente a autodeterminação quanto às ações sexuais de crianças e em sentido amplo também às dos adolescentes? E como fingir irrefutavelmente que as ações sexuais perturbam o desenvolvimento sexual? Por que a reprodução de bustos femininos e de genitálias masculinas é mais perigosa para o desenvolvimento do que a de pistolas e espadas? E por que as cenas de relações sexuais são vistas como imorais, enquanto aquelas dos extermínios, ao contrário, muito pouco? E o que justifica as limitações quanto à liberação da entrega do corpo, mediante contraprestação em dinheiro, para satisfazer o prazer sexual de outro? Ou, vice-versa, quando à consideração da abertura matrimonial como fato normal, onde um “não” não mais possa ser pronunciado? A venda de funções mentais, como, por exemplo, os terapeutas realizam, vale, ao revés, como intocável. A mente, em torno da qual tudo gira, parece ameaçada pela carne³³⁸.

³³⁷ SILVA, Ana Márcia, SOARES, Carmen Lúcia & ASSMAN, Selvino. A Valorização do corpo e as falácias de um novo arquétipo da felicidade humana. In: *Estudos Interdisciplinares em ciências humanas*, 2003, p. 268.

³³⁸ FABRICIUS, Dirk. *Constituição Corporal: desenvolvimento perturbado da capacidade de consentir como base de intervenções paternalistas*, p. 06.

Uma “proteção paternalista” que se delineia ao Direito e, aí também, ao Direito Penal, em que a “proteção e criminalização” da carne são postas em evidência mediante o tema do consentimento. O consentimento desenhado de forma a excluir, por exemplo, da relação sexual o tipo penal de estupro ou ainda, de forma muito mais complexa, a violência sexual ocorrida no interior do casamento. E que poderia diferenciar as formas comerciais de “prostituição e da pornografia”. Para Fabricius, o tema do consentimento abrigado pelo Direito (e de modo mais preciso, pelo Direito Penal) possibilita vislumbrar a forma “paternalista e patrimonial” que se impõe sobre a carne humana.

O “comércio da carne” retratado de forma inquietante, segundo o autor, em “*O Mercador de Veneza*”³³⁹, desvela como a forma “contratual” de disposição jurídica leva a “carne” a se tornar um objeto passível de ser consumido e controlado por uma fórmula em que o consentimento irá excluir o tipo penal (e a violência). Daí, a importância dada pelo Direito ao controle das formas de desenvolvimento perturbado ou viciado do consentimento humano. Se o consentimento é o que legitimaria a intervenção jurídica (penal), é preciso controlar, mitigar e estabelecer pontualmente as formas possíveis em que o consentimento apareceria viciado ou irregular. Eis a tese de Fabricius “de que o desenvolvimento perturbado da capacidade de consentir constitui a base das intervenções paternalistas”³⁴⁰ e a razão do Direito se desdobrar em se apropriar ou legitimar discursos que alimentem a expressão “perturbação da capacidade de consentir”, tais como os discursos morais, religiosos, médicos, políticos, culturais, étnicos, enfim, nas palavras do autor “as muletas impostas para estabilizar a capacidade deficiente de consentir”.

Nessa linha, o discurso da “perturbação” da carne emergiria como uma possibilidade de legitimar a intervenção penal nos casos de “irracionalidade ou de imaturidade” no consentimento. Um exemplo são os artigos 215 do Código Penal “Violação sexual mediante fraude”:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da

³³⁹ SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Clube do Livro, 1970.

³⁴⁰ FABRICIUS, Dirk. *Constituição Corporal: desenvolvimento perturbado da capacidade de consentir como base de intervenções paternalistas*, p. 09.

vontade da vítima; Pena – reclusão, de 2 a 6 anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também a pena de multa.

E ainda os crimes que compõem o Capítulo II do Código Penal “Dos crimes sexuais contra vulnerável”, art 127-A “Estupro de Vulnerável”:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Pena: reclusão de 8 a 15 anos. Parágrafo 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

A vulnerabilidade possibilita a separação pelo Direito daquelas carnes consideradas “mais frágeis”. Sob o discurso da irracionalidade e da imaturidade do consentimento, o Direito Penal encontrou uma entrada de forma a “tutelar” as carnes humanas mediante sua seleção em face dos interesses de poder dominantes. E não foi a única. A fragilidade da “carne” ante as transgressões da “moralidade” constituiu um dos principais fundamentos de intervenção do sistema punitivo sobre o sexo, escrevendo o corpo sexual em um dos campos possíveis de atuação da lei penal.

O campo moral da carne encontra nos *delictus carnalis* um aporte de sua “proteção-exclusão” e, especialmente, para chamar a função simbólica do sistema punitivo. O Direito Penal foi, então, pensado como um lugar de privilégio para a punição dos atentados contra a “carne” por sua “firmeza e força” (sobretudo violência). Uma punição para transgressão da “carne sacra” (delito-pecado), agora convertida na “carne útil”, por um sistema político-econômico de valorização do corpo diante das peripécias do consumo.

Conforme Kehl, estamos acostumados a identificar o corpo na modernidade como uma “propriedade” do eu, assim “a ciência moderna nos ensina a pensar o corpo como coisa, propriedade e encargo do Eu, a quem cabem o zelo e os cuidados capazes de garantir o melhor rendimento, a máxima durabilidade e o maior desfrute possível dos recursos desta máquina que a um só tempo é a sede da mente e da vida”³⁴¹. Uma relação de apropriação que possibilita o acesso ao corpo de uma multiplicidade de poderes e de saberes, salientados por Foucault, como a estratégia produtiva elementar das sociedades ocidentais modernas.

³⁴¹ KEHL, Maria Rita. As Máquinas falantes. In: *O homem-máquina: a ciência manipula o corpo*, 2003, p. 243.

Assim, o corpo amado grego, o corpo moral do cristianismo, o corpo patologizado da medicina, o corpo disciplinado da criminologia, o corpo puro do higienismo, o corpo culpável do direito e, especialmente, o corpo da multidão da economia biopolítica podem ser capítulos costurados em uma história descontínua de discursos inscritos nos usos e nos desusos da “carne” humana. Da moral cristã assentada na culpa pela fraqueza da carne ao uso biopolítico da vida em que a culpa é gravada pela inutilidade da carne, o Direito Penal tem seu discurso seletivo-punitivo reiterado no que tange os crimes sexuais. Afinal, se o corpo sexual é capaz de desvelar a “verdade” do sujeito, se é capaz de fazer aparecer aquilo que o mais intimamente o define, então este corpo sexual torna-se um lugar de privilégio para o controle. É o que possibilitaria a entrada dos “mecanismos de segurança” sobre o sexo na política de controle da vida humana.

O controle não é uma força visível apenas no adestramento do desejo ou nas renúncias morais sobre o sexo. Isso não significa uma negação dessas outras estratégias, mas, sobretudo, sua integração: o amor, o pecado, a lei e a doença, são capítulos agora reorganizados em uma função economicista de produção. É preciso produzir uma sexualidade economicamente rentável, maximizando seu gozo por controle e minimizando seus riscos de resistência. É preciso gerenciar um sistema de controle em que é necessário delimitar o que é “intolerável não tolerar” sobre o sexo. É o que fundamenta a tese foucaultiana em que o sexo não é aquilo que é constantemente reprimido em nossa sociedade, mas é o que se faz anunciado a todo instante. Se o sexo pode revelar a verdade do sujeito e abri-la aos instrumentos de controle, a questão em nossa atualidade é: o que possível tolerar como sexo?

No aparecimento da biopolítica como um tema do governo dos homens, Foucault trilhou um percurso em que o sexo foi sexo atrelado ao tema da vida humana, mediante a integração de estratégias de controle em um nível populacional cujo alvo é manter sadio e ativo o corpo-espécie. Sobre a biopolítica da vida, destaca Pál Pelbart:

A defesa da vida tornou-se um lugar comum. Todos a invocam, desde os que se ocupam da manipulação genética até os que empreendem guerras planetárias. Alguns vêem nas formas de vida existentes e na sua diversidade um reservatório infinito de lucro e de pesquisas; outros, um patrimônio inalienável da humanidade. Alguns deploram que a vida tenha sido decomposta e recombinada “artificialmente” a ponto de seu conceito mesmo ter sido volatilizado; outros celebram que tal “desnaturalização” abre a via, por fim, para novas formas de

pós-humanidade. Esse debate inconcluso é o sintoma, talvez de um paradoxo que está no cerne da condição contemporânea. Por um lado, a vida tornou-se o alvo supremo do capital. Por outro a vida mesma se tornou capital, senão “o” capital por excelência, de que todos, e qualquer um, dispõem, virtualmente, como conseqüências políticas a determinar.³⁴²

Nesse orquestramento de poderes normalizadores sobre a vida em que o corpo é até considerado uma “prisão orgânica” e limitadora, o corpo sexual não é mais uma “carne” em falta, não é mais uma hermenêutica do desejo, porque não há mais desejo. Na racionalidade econômica de “perdas e ganhos”, o desejo se torna um princípio econômico capitalizado em corpos cuja função é render mais lucro. A falta é um prejuízo à produtividade de um corpo em eterna relação.

O controle encontra a multidão que não pertence a ninguém, mas em sua multiplicidade encontra a regulação. A troca é injusta: ao mercantilizar a “carne”, ganha-se em troca o nada: um corpo sem desejo, sem falta, sem nada.

Se nenhuma estratégia de controle pode ser deixada de lado, ela também se torna um tema central no “governo dos homens e das coisas”. A carne é um tema de governamentalidade para a produção de uma boa população e de riqueza para o Estado. Daí a organização de todo um arsenal de “mecanismos de segurança” que faz da carne um elemento de pureza da raça e até um alvo da função policialesca do Estado.

Daí toda sorte de controles que incidem sobre o “fazer viver” dos sujeitos humanos. A sexualidade é tratada, nessa linha, como algo além de um modo de prazer da erótica grega, além até mesmo da alcova do pecado cristão em que o jogo do permitido e proibido está assentado na forma como os corpos humanos masculinos e femininos são investidos da divindade. Um corpo amado e divino, ao mesmo tempo, patológico e pecaminoso. Mediante tal entrosamento, os discursos sobre os corpos são organizados em sua produção, em sua positividade e, por fim, em sua economicização a uma ordem de poder na qual a vida humana é calculada em custos benefícios. É assim que o corpo sexual adquire seu privilégio de controle, cujo preço a ser pago é a marca da carne.

Mas, mesmo diante de tantos mecanismos de controle, a “carne” ainda de uma forma ou outra sempre escapa, desorienta, desorganiza, impressiona e resiste. Do

³⁴² PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*. 2011, p. 14

corpo grego, cristão, histérico, neurótico, louco ou criminalizado, podemos sentir uma espécie de resistência diante da sujeição ou da domesticação. O sexo precisa de tantas estratégias de controle justamente porque pode provocar o descontrole. Precisa de tantas estratégias de policiamento, porque pode escapar da vigilância. Precisa da gestão econômica, porque precisa render, lucrar e gozar sempre.

Nessa história descontínua, não há qualquer possibilidade (ou pretensão) de escrever um capítulo definitivo sobre as vicissitudes dos discursos que operam sobre nossa “carne”, pois isso implica dizer que ela perdeu sua principal característica: deixar-nos em questão. É sobre ela que figuram os espaços mais valiosos da dúvida, das incertezas e das resistências. É sobre ela que se articulam as mais variadas e criativas técnicas de controle, pois é justamente um dos lugares mais difíceis de ser controlado. É sobre ela que a violência do poder mostra sua face mais cruel dada dificuldade de subjugar-la. Ela é o pecado, a patologia, a anormalidade, o crime, o bem de consumo; mas também é o amor, a comunhão, o desejo, a força e a alteridade.

E se não há corpo sem sexo, sua negação é a mera violência. E no espaço da violência, em que sequer é possível pensar em sujeitos, regras ou palavras, a carne paga um preço muito alto diante da opressão. Não é a falta ou a lei que conduzem o humano a sua deterioração, mas, sobretudo, a ausência. Nas ausências ou nos silêncios da lei, em sua exceção, é que se promove a desconstituição do corpo sexual em mera carne sem nada.

A carne humana em meio à biopolítica pode se fragmentar em um “resto” intolerável diante dos interesses do governo da vida. Um resto de sua economia corporal. Um “resto” de carne que se torna alvo da violência punitiva, do braço forte do Estado, do negativo soberano: o Direito Penal.

Na trajetória dos discursos punitivos, como no contratualismo restrito dos clássicos, sequer o tema sexualidade aparece como destino do sistema punitivo. Mas, isso não significa uma ausência de punição, pelo contrário: é como um limite de direito de propriedade que a sexualidade é confiscada pelo contrato, cuja punição do desvio formata o inimigo social. Em um mundo onde o positivismo da vida humana encontra-se como estratégia de normalização, o Direito Penal foi chamado como uma espécie de suporte à medicina para tratar e corrigir os anormais, os estranhos, os outros, que têm

como principal característica um “desvio” patológico da sexualidade. Aliás, é quando o próprio corpo sexual se torna o alvo preferencial dos diagnósticos de “periculosidade” e “culpabilidade” das tecnologias humanizáveis que permeiam o Direito. Quando a sexualidade se torna tema da criminalização e quando o criminoso sexual se transforma no doente perigoso.

Sob uma biopolítica interessada na produção da vida rentável do corpo populacional, o devir econômico irá dar a linha a toda e qualquer forma de atuação sobre a sexualidade. A sexualidade encontra sua derradeira função como marco econômico. E o Direito Penal é chamado a se adequar às demandas de um mercado de “custos e benefícios”.

O Direito Penal é uma das estratégias chamadas para controlar o “resto” da carne. Ele realiza tal tarefa segundo os dispositivos que o permeiam e o delimitam para conduzir até onde vai sua marca sobre a carne de forma a valorizar seu papel econômico. Podemos observar como o Direito Penal atua sobre o corpo sexual conforme as possibilidades dadas à “carne” pelos dispositivos de poder: pecado, honra, moral, patologia e utilidade são discursos que operam na seleção e no controle dos corpos nos “delitos carnis”.

Uma das principais atuações do sistema punitivo em uma ordem biopolítica é sua atuação como uma espécie de marco regulatório ante a mercantilização da carne humana. Quando a carne faz render e se faz consumível, o sistema punitivo deve ir além da repressão. Ele é puro controle biopolítico, e sua função é exercida quando os instrumentos de regulação do bom sexo falham e deve-se punir o sexo inútil, o sexo do prejuízo ou o sexo em troca de nada. Os crimes sexuais, sob o impacto do poder sobre a vida, possibilitam a conversão da sexualidade em regra de utilidade e irá policiar, reprimir e extirpar toda e qualquer forma da sexualidade inútil à vida. Como destaca Wacquant sobre a caça aos delinquentes sexuais promovida pelo EUA nas últimas décadas:

Os delinquentes sexuais são, juntamente com os jovens negros dos bairros segregados das grandes cidades, os alvos privilegiados do panoptismo penal que há duas décadas floresce nos escombros do Estado caritativo estadunidense, em seguida à reviravolta política e social dos anos 1970, que levou os Estados Unidos a substituírem seu (semi-) Estado-previdência por um Estado policial e penitenciário, para o qual a criminalização da pobreza racializada e o confinamento das categorias deserdadas e desviantes passaram

a servir como uma estranha forma de política social em relação aos marginalizados³⁴³.

Desse modo, quando a carne humana não serve para nada, o sistema penal é chamado para “gerir” e aprisionar esse “sexo” desregulado e depravado. Podemos refletir como o tema da “carne” está assentado na produção de um regime sexual de exceção cujo fundamento de sua punição não está somente na imoralidade ou na doença, mas na “culpa” pela inutilidade, naquilo que pode e deve ser excluído por não encontrar mais função. Daí a face mais cruel do sistema de exceção sexual: sua seletividade, pois a definição de um sexo útil ou inútil depende essencialmente da sua rentabilidade.

Assim, o Direito Penal aparece em nossos dias comemorando as alterações nas tipicidades penais sobre o sexo, comemorando seu “reconhecimento” como bem jurídico penal, comemorando o endurecimento das penas, da atualização dos crimes. Mas, se do ponto de vista jurídico encontramos o enaltecimento do discurso sexual, na lide sobre “carne” ainda imperam a enorme *cifra negra*, as vítimas culpáveis, os autores “desconhecidos” como os eternos monstros anormais. E, por outro lado, certo esforço em “aceitar” ou “normalizar” formas de atentados à carne.

A gestão penal do sexo se inscreve em toda sua funcionalidade nas tecnologias de poder modernas: afinal, sobre o escopo da lei, sobre o primado do poder de soberania, a lei punitiva como o *jus puniendi* do Estado, aloca em seu sentido muito mais significado do que a vingança pública soberana. Sobre o sistema penal o corpo sexual é significado pela lei, mas também pela norma. É no interior dos sistemas punitivos que o corpo-sexual aparece em sua contradição: como lugar da punição legal e lugar da transformação individual. Mas não só: a própria lei penal é tomada por uma estratégia de controle muito mais extensa cujo objetivo não é individualizar o adestramento, e sim controlar um corpo-populacional. Eis que o sistema punitivo pode por fim se desenhar sobre o sexo em uma dupla função: selecionar e punir o indivíduo desviante da sexualidade condicionada no interior da família e controlar os desvios produzidos pela sexualidade em escala populacional. Punição e normalização sobre o sexo. Controlar o sexo ganha o sentido de intervenção sobre a vida. E, nessa linha,

³⁴³ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. 3ª. Edição. Rio de Janeiro, 2007, p. 355.

seria possível iniciar o traçado tênue (e não raro provisório) sobre algumas respostas à nossa carne: respostas à sua criminalização e à sua culpabilização que marcam o corpo humano, ora pela violência, ora por outras formas de subjetivação. Talvez, um “resto” de carne possa, então, ser percebido como uma “resistência”.

3.1.2. A problematização penal das políticas públicas sobre o sexo

Loïc Wacquant destacou em seu trabalho *“Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)”*³⁴⁴ as pungentes transformações da política americana neoliberal e seu impacto na culpabilização e criminalização das populações consideradas “desviantes” ou “desnecessárias” a um sistema econômico em que o “risco” penal passa a ser medido por uma política de perdas e ganhos, cujo objetivo é lucrar sempre. O Estado americano se converteu, segundo Wacquant, em uma espécie de “Estado penal”, pautado na diminuição dos custos referentes às políticas sociais e assistenciais das populações mais carentes e da maximização das políticas repressivas de criminalização e de encarceramento.

A questão do controle da criminalidade e do encarceramento das populações economicamente mais frágeis (e aí, toda a sorte de “razões” que justificam a pobreza como a etnia, a imigração, o gênero, a raça ou o gueto) passou a figurar como uma das mais importantes atuações do Estado, possibilitando a emergência de todo o tipo de ação e de intervenção sobre a vida humana. Para Wacquant, na proporção da redução (econômica) das políticas de assistência, de emprego e de saúde, aumentaram-se os gastos em segurança, policiamento e aprisionamento, movimentando um “mercado” em que a criminalidade se transforma em negócio lucrativo para o “Estado-mínimo”.

E uma das mais inquietantes questões sobre a “onda punitiva” neoliberal e atuarial que varre os Estados Unidos é a batalha contra o “pior dos males” exemplificada na expressão “basta, basta, basta” de Oprah Winfrey em seu popular *talk show* no outono de 2003. É contra os “predadores sexuais” que um novo aparato de

³⁴⁴ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. 3ª. Edição. Rio de Janeiro, 2007.

seleção e de criminalização é proposto nos EUA, de modo que, para Wacquant, a luta contra o criminoso sexual (ou o predador sexual) irá fomentar uma espécie de:

Retórica cruel que retrata a luta contra o crime como uma batalha moral de vida e de morte entre o bem e o mal – ao invés de uma questão organizacional de direitos, responsabilidades e a alocação racional de recursos penais e de outras naturezas, para prevenir, aliviar ou suprimir o desvio danoso – o ‘predador sexual’, pintado invariavelmente com as cores de um vagabundo fora da sociedade, conquistou um lugar central na *cultura pública de vilificação de criminosos*, em expansão no país³⁴⁵.

Não que tal pânico social (espalhado principalmente pelas mídias) seja particularmente uma novidade no interior da sociedade americana. De forma geral, essa sociedade é bastante conservadora sobre o sexo, cuja cultura está assentada em tabus modelados pelo puritanismo que inspirou (até recentemente) em alguns estados a criminalização do aborto, do adultério, da sodomia, de práticas autoeróticas, da pornografia e dos casamentos inter-raciais. Tal afirmação é corroborada pelo estudo realizado por MacNamara no final dos anos 60, citado por Wacquant, sobre o comportamento ligado ao sexo nos Estados Unidos como “rigidamente circunscrito pela lei”³⁴⁶.

Outra importante indicação é a preocupação de parte da criminologia americana em desvendar a psicologia social mediante a compreensão da dinâmica cultural de sociedade “com ou sem” estupro, como destacado por Gardner em seu estudo sobre “*The wrongness of rape*”³⁴⁷ - e Fay Honey Knopp em seu trabalho “*Community Solucions to Sexual Violence*”³⁴⁸ nos quais, via de regra, o estupro (violência sexual) é concebido como uma relação de poder e de submissão em sociedades patriarcais “potencializadores” da violência sexual especialmente contra mulheres ou pessoas mais distantes das posições de poder social.

³⁴⁵ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*, 2007, p. 361.

³⁴⁶ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*, 2007, p 356.

³⁴⁷ GARDNER, John. *The wrongness of rape*. In: *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

³⁴⁸ KNOPP, Fay Honey. *Community Solucions to Sexual Violence*. In: *Criminology as Peacemaking*. Indianápolis: Indiana University Press.

Ao longo de determinados momentos históricos foram atribuídos diferentes significados aos discursos de criminalização da violência sexual, sempre acompanhados de forte rejeição social que, segundo Wacquant, possibilitaram a criação e manutenção de uma espécie de “medo” ou “temor” desses corpos selecionados como “diferentes”. Discursos como:

Um durante a Era Progressista, quando os “perversos” sexuais eram primeiro identificados e em seguida encaminhados para a intervenção eugênica, e outro no período 1936-1957, quando se acreditava que hordas de “psicopatas sexuais” perambulavam pelo país em busca de vítimas inocentes, prontos para atacar a qualquer momento³⁴⁹.

Primeiro uma explicação eugênica focada na degeneração da raça. Depois, a “era” das explicações psiquiátricas. Todavia, nenhuma desses momentos punitivos foi capaz de antecipar a atual forma criminalizadora e excludente por que passam os “transgressores do sexo”. Uma espécie de “onda punitiva” intensificada no final dos anos 90 com a aprovação pelo Congresso americano da “Lei de Megan”³⁵⁰. Uma lei cujo significado pode servir como “um momento de cristalização discursiva e de revelação prática da lógica profunda desta inovação no controle penal”³⁵¹.

A “Lei de Megan” trata-se, na verdade, de um complexo de dispositivos jurídicos que possibilitam a criação pelos estados americanos de uma forma de “índice” ou de um catálogo de “sex offenders”, ou criminosos sexuais, público e permanente, cujo objetivo é o acesso da população às informações referentes aos criminosos para evitar

³⁴⁹ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*, 2007, p. 356.

³⁵⁰ Segundo Wacquant, as “Leis de Megan” são “dispositivos organizados, por comodidade, sob o rótulo genérico de “Lei de Megan” que dizem respeito, de fato, a um apanhado de legislações estaduais e de três conjuntos de medidas federais: o *Jacob Weeterlinh Crimes against Children and Sexually Violent Offender Registration Act*, de 1994 (assim denominado por conta de um menino de Minnesota raptado em outubro de 1989, e desde então desaparecido), que atribui aos governos estaduais a obrigação de manter um registro dos condenados por pedofilia e atentados sexuais violentos; a versão federal da “Lei de Megan”, votada em 1996, que os obriga a notificar o público sobre a presença de certas categorias de delinquentes sexuais; e o *Pam Lychener Sexual Offender Tracking and Identification Act* (igualmente votado em 1996, após a agressão sexual sofrida por uma corretora de imóveis de Houston, Pam Lychner, quando ela fazia uma visita a um apartamento, na companhia de um cliente em potencial, que já tinha cumprido pena duas vezes), que estabelece a constituição de um banco de dados informatizado dos delinquentes sexuais, em âmbito nacional e sob a responsabilidade do FBI”. WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*, 2007, p. 363.

³⁵¹ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*, 2007, p. 362.

a repetição desses delitos. Sob justificativa constitucional do “direito de saber” se um criminoso sexual vive “perto da minha casa ou dos meus filhos”, as “Leis de Megan” são abrigadas pelo reconhecimento do “risco” como tão perigoso quanto a lesão propriamente dita. A defesa dos corpos frágeis (ou em risco) de mulheres e, especialmente, de crianças, solidifica a atuação do Estado e, de forma especial, de toda sociedade na prevenção e no combate ao crime.

Segundo Jonathan Simon & Malcon Feeley, tal conjunto de leis atuam de diferentes formas a seguir tratadas, representando uma das mais importantes vias de intervenção atuarial no sistema penal contemporâneo³⁵²:

- a) A obrigatoriedade de registro nos departamentos de polícia locais quando o “criminoso sexual” muda de endereço ou se desloca de lugar;
- b) A notificação da vizinhança;
- c) O confinamento civil de criminosos sexuais condenados ou de pessoas que poderiam colocar em risco a sociedade;
- d) O uso de tecnologias de vigilância e de controle dos “criminosos sexuais”.

As “Leis de Megan” representariam o paradoxo de uma política de segurança de controle populacional, pois identifica, seleciona e controla no interior das populações aqueles grupos de risco social que poderiam causar danos a qualidade do corpo populacional. Daí toda a sorte de instrumentos (jurídicos ou não) de potencializar o controle contra os sujeitos perigosos ou desnecessários.

Nessa linha, Wacquant adverte que tal modelo legislativo é decisivo para fomentar a expansão penal das políticas de “Estado” por meio do estímulo da contenção punitiva da pobreza a partir de um triplo desvio:

- 1. Promove a drenagem de recursos do orçamento do setor social e sanitário do Estado para seu setor policial e judiciário;
- 2. Acentua o desvio de “dezenas de milhares de corpos abandonados” dos setores social e médico do Estado para o setor penal, “contribuindo para o crescimento exponencial do aparelho carcerário e suas ramificações com um suplemento de matéria-prima que concorre para

³⁵² SIMON, Jonathan & FEELEY, Malcon M.. *The form and Limits of the New Penology*, 2003, p. 98

fazer do encarceramento uma verdadeira “indústria”, encarregada de “limpar o sistema social dos elementos indesejáveis, eliminando-os”;

3. Canaliza e potencializa a animosidade para com os desviantes e os delinqüentes, ao fornecer um ponto de fixação e um modo de expressão legítimos, e mesmo oficialmente encorajados; ao fazer isso, elas desviam a *atenção do público* das causas para os sintomas da violência sexual e mascaram o fato de que tais dispositivos de marcação e de esquadrinhamento pós-penitenciários não têm, no melhor dos casos, efeito algum sobre a incidência do crime e que podem levar mesmo ao seu agravamento³⁵³.

Esses desvios relatados pelo autor são a expressão de uma política penal cujo teor está pautado no reforço à função simbólica do Direito Penal e no amedrontamento da população. As políticas penais são vistas como o “ápice” de um Estado que busca na “segurança” de seu corpo populacional o pretexto necessário para o endurecimento do controle sobre as populações mais frágeis economicamente. As “Leis de Megan” são a garantia formidável de um constante e irremediável “pânico” social saciado por medidas paliativas e eliminatórias por parte do Estado penal. A indexação dos criminosos sexuais (perpétua) é a garantia de controle ou de exclusão de setores sociais (inúteis) sob o aparente discurso de segurança.

As consequências já aquilatadas de tais medidas são, segundo pesquisa realizada por Soothill, Francis, Sanderson & Ackerley, um profundo *apartheid* social reforçado pela criação de guetos de “excluídos”³⁵⁴; e, para Wacquant, o esgotamento subjetivo daqueles cuja vida pertence agora ao “index”, a violação contumaz de direitos individuais de tais corpos humanos; sua supressão da condição de sujeito de direitos em troca de uma inexpressiva redução dos índices de tal criminalidade, o aumento dos gastos estatais em encarceramento e em tecnologias de vigilância.

³⁵³ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*, 2007, p. 389-390.

³⁵⁴ SOOTHILL, Keith; FRANCIS, Brian; SANDERSON, Barry & ACKERLEY, Elizabeth. *Sex offenders: Specialists, Generalists – or Both? A 32 year Criminological Study*. In: ISTD: the Centre for Crime and Justice Studies, 2000, p. 56.

E o mais grave. A redução das discussões sobre a violência sexual ao discurso do “índex” impossibilita a emergência do ponto de vista jurídico, social, cultural, econômico e de gênero das questões referentes aos processos de criminalização, de sujeição dos autores e de suas vítimas. A violência sobre o corpo é sublimada pelo risco abstrato de um “predador” em potencial criando um discurso seletivo que muitas vezes passa distante das vítimas reais e de seus algozes. Tais “políticas legislativas” pautadas na “Lei de Megan” evidenciam, para Wacquant, o intenso “*panoptismo cultural*” que vive a sociedade americana nas últimas décadas³⁵⁵. Um panoptismo que só tem aumentado criando cada vez mais formas de “índex” como uma espécie de lista de escolhidos para o descarte, agora publicada na Internet.

No Brasil, uma política de “criminalização” sobre as transgressões sexuais e seus autores e vítimas obedecem a aportes diferentes dos observados nos EUA. Todavia – guardadas as intensas particularidades sociais, culturais, políticas, jurídicas, religiosas e econômicas entre os países –, uma *gestão penal de sexo* também pode ser observada em nossas terras acalentada especialmente nos últimos anos pelas alterações das leis penais e processuais penais e o constante destaque ao delineamento de políticas públicas voltadas para o tema da “segurança pública” que atingem uma parcela dos corpos selecionados para receber a atenção do Estado.

Pautados na expressão simbólica e significativa de que o “Direito Penal” seria o instrumento adequado (e mais barato) para realizar o controle e a proteção contra a “violência sexual”, o Estado brasileiro, pouco a pouco, tem desenhado instrumentos de uma “política penal” de controle sobre a população mais frágil às estratégias de poder dominantes, especialmente relacionadas ao sexo.

O tema da “segurança pública” aparece de forma expressiva na agenda política nacional especialmente a partir dos anos 90, com a repercussão de “crimes” transformados pela mídia em ícones de uma sociedade “insegura”³⁵⁶. Tais “crimes” cometidos contra sujeitos valorizados ou por sujeitos valorizados em nossa sociedade

³⁵⁵ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*, 2007, p. 394.

³⁵⁶ Destacam-se de forma precisa dois “crimes” que colocaram a discussão da segurança pública na agenda política nacional: o sequestro do empresário Abílio Diniz e o assassinato da atriz Daniela Perez.

evidenciaram o discurso de “falência do Estado” em proteger o cidadão “de bem” diante das ameaças de uma gama de corpos excluídos do processo produtivo.

A esse respeito, oportuna esta reflexão de Garland³⁵⁷:

esta reacción política se há hecho más pronunciada a medida que las condiciones Del discurso político han ido cambiado a lo largo del tiempo. En el curso de las décadas de 1980 e 1990, toma de decisiones políticas en esta área se volvió más intensamente politizada, más expuesta al riesgo político y más sujeta al escrutinio público y los médios masivos de comunicación. A medida que El delito y El castigo se transformaron em cuestiones electorales muy importantes, los partidos políticos del gobierno y de La oposición comenzaron a competir para ser reconocidos como “duros” com El delito, preocupados por La seguridad pública y capaces de reestablecer La moralidad, El orden y La disciplina frente a los corrosivos câmbios sociales de La modernidad tardía. Así, mientras La agenda neoliberal de privatización, competencia em El mercado y restricción del gasto público dio forma a buena parte de La reforma administrativa que El gobierno puso em marcha em las agencias de La justicia penal detrás del escenario, fue una agenda neoconservadora muy diferente La que definió El costado público de La política penal. En lugar de reconocer los límites Del Estado soberano y adaptarse a ellos, La agenda política que gobierno estas políticas de alto perfil público fue “restablecer La confianza pública” en La justicia penal a través de La afirmación de los valores de la disciplina moral, La responsabilidad individual y El respeto de La autoridad. En La política penal, como en La política del welfare, El imperativo fue La reimposición del control, usualmente por medio punitivos. Em ambos los casos, La población escogida como aquella que resultaba más necesario controlar estaba compuesta por los pobres, los negros de las ciudades y La juventud marginada de clase trabajadora

Ainda sobre este discurso, Barata discorre em seu texto “*Seguridad*” sobre a importância que a “segurança” adquire nas sociedades contemporâneas como uma “necessidade humana” ou a “própria função geral” dos sistemas jurídicos³⁵⁸. Nesse sentido, sua problematização fica restrita a noção de “segurança jurídica” possibilitando a emergência de diversos discursos sobre a elaboração de “políticas de segurança” do Estado sobre a população. Uma possibilidade, aliás, também já identificada por Foucault nas relações de poder entre a biopolítica e o Estado. Sob a “segurança”, constrói-se uma legítima expressão de intervenção política do Estado (penal) sobre a vida humana. Uma política que se desenrolaria por meio da reafirmação dos discursos de prevenção e de repressão para a “segurança” do corpo populacional.

³⁵⁷ GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social em La sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 222-223.

³⁵⁸ BARATA, Alesandro. *Seguridad*. In: *Criminología y Ciencias Penales*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2004, p. 199.

A resposta do Estado brasileiro para tal temática é o delineamento de estratégias de “segurança pública”, que seria repetida à exaustão nos programas governamentais e mídia de “sangue”. Tal estratégia, no contexto dos anos 90, foi marcada pela aprovação em 25 de julho de 1990, da Lei no. 8.072 conhecida como a “Lei dos Crimes Hediondos”.

A “Lei de Crimes Hediondos” teria como função representar a resposta “forte e impositiva” do Estado (e sua assunção ao controle social) em treze artigos às bárbaras violências cometidas contra os cidadãos brasileiros. Daí toda uma sorte de crimes é selecionada para receber uma punição mais severa (daquela imposta pelo Código Penal) e restrição de direitos e de garantias individuais consagrados pela, então, recente Constituição da República, como a proibição de progressão de regime de cumprimento de pena e da proibição da aplicação da anistia, graça e indulto. Crimes como o homicídio qualificado, o estupro, o homicídio simples, desde que cometido em atividades típicas de grupos de extermínio, a extorsão mediante sequestro, entre outros, além de condutas “equipadas às hediondas” como a prática da tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes de drogas afins, formaram o primeiro “time” de condutas e de sujeitos ativos selecionados para receber a mais intensa resposta punitiva do Estado: sua “hediondez”.

A Lei no. 8.072, em que pese seu intenso número de alterações legislativas e inconstitucionalidades alegadas desde sua entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro (estima-se que foram quatro as alterações legislativas, atualmente em vigor pela Lei no. 11.464 de 28 de março de 2007), foi decisiva para o desenho de uma espécie de política de “segurança pública” em aportes distintos da “política de segurança nacional” arraigada no país durante o período da ditadura militar. A Lei de Crimes Hediondos colocou em foco os “novos inimigos sociais” como uma resposta do Estado democrático de direito aos anseios da sociedade legitimado pelo uso e entendimento da Constituição da República de 1988.

O inimigo social - parafraseando a ideologia de defesa social - não seria mais buscado no atentado contra o Estado, mas contra a população. Nessa linha, a Lei de Crimes Hediondos representou uma resposta (pseudo)*democrática* às demandas de criminalização e controle social dos grupos “perigosos” ao bem-estar populacional.

Uma resposta enviesada, pois uma vez que o sistema legal-penal busca sua legitimação no “anseio” popular, ele viola na mesma medida os direitos e as garantias fundamentais previstos na (recente) Constituição. Um paradoxo que irá se reproduzir ao longo dos anos na “gestão penal” do Estado Brasileiro, sinalizando a importância *simbólica* adquirida pelos mecanismos de controle social em nosso país.

O tema da “segurança” passa a ser interpretado como um “direito” ou uma “função” constitucional, podendo legitimar toda sorte de políticas públicas, intervenções do Estado e de legislações sobre a vida humana. É o que mostra esta interpretação de Valter Foleto Santin:

O termo “segurança” constante do preâmbulo e dos art. 5º., caput, e 6º. Da Constituição Federal, deve ser interpretado como relativo ao direito à segurança pública, predominantemente de caráter difuso, que visa tutelar a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF), componente importante para a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º.) e exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, preservação da harmonia social e solução pacífica das controvérsias (preâmbulo da Constituição Federal). Soa estranha a consideração do termo segurança como segurança jurídica, relativa à firmeza do ordenamento legal e das relações jurídicas, porque o próprio sistema constitucional e normativo já configura a própria segurança jurídica, embasada num estatuto fundamental, a Constituição Federal, prevendo direitos e garantias individuais e coletivas e a formatação do Estado Democrático de Direito, em que o direito tem grande importância³⁵⁹.

Se o tema da segurança emerge como uma possibilidade de “realização da dignidade” e obtém o status “constitucional”, o desenho do discurso da “segurança pública” no país faz aparecer suas contradições: reforça a posição simbólica do sistema penal como “solução” para a questão da violência, ao mesmo tempo legitima a “intervenção” penal do Estado sob o aporte “democrático” de defesa dos valores sociais. Incorporada a um preceito legal, destaca Santin, a segurança pública deveria ser lida por meio de uma “política de segurança pública” de responsabilidade do Poder Executivo por meio de seus órgãos policiais em atividades programadas e planejadas de “segurança”.

Assim, segundo o autor “a execução deve levar em consideração o planejamento governamental e atender ao delimitado no plano de segurança pública, instrumento de expressão da política de segurança pública. Se a política e o plano

³⁵⁹ SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 80.

forem adequados e correspondentes à realidade social e a execução dos trabalhos de segurança pública seguir o planejado, a eficiência poderá ser alcançada” (grifo nosso)³⁶⁰. Sobre tais estratégias, as diversas repetições do termo “segurança pública” são capazes de fazer aparecer no discurso oficial à demanda por “eficiência” e o ocultamento de sua seletividade.

Aliás, Wacquant desvela a forma panfletária utilizada na gestão da segurança pública:

a gestão da segurança é concebida e executada não tanto por ela mesma, mas sim com a finalidade expressa de ser exibida e vista, examinada e espionada: a prioridade absoluta é fazer dela um espetáculo, no sentido próprio do termo. Para tal, as palavras e ações anti crime devem ser metodicamente colocadas em cena, exageradas, dramatizadas e mesmo ritualizadas³⁶¹.

Sob o discurso da “segurança”, uma política criminal foi desenhada no Brasil mediante a publicização da função de controle social carregada no simbolismo de “justiça social” e da valorização da proteção “paternalista” do Estado durante os últimos 20 anos, em que o combate à criminalidade é compreendido entre as funções de gestão pública necessárias para controlar os problemas sociais que “desarmonizam” a convivência coletiva.

Como aponta Zaffaroni, “a Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e

³⁶⁰ Segundo Santin, “o serviço de segurança pública é um serviço primário, essencial, de relevância pública, de uso comum, em caráter geral, beneficiando todos os cidadãos e a população fixa ou flutuante. Visa tutelar a segurança da população, em face da necessidade do Estado garantir a defesa da vida, saúde e patrimônio do cidadão, bens jurídicos ameaçados pela prática do delito (art. 144, caput, CF). O bem jurídico imediato tutelado é a segurança pública; o mediato é a ordem pública, o cidadão e o patrimônio. O serviço de segurança pública pode ser classificado em estatal ou privado; principal ou secundário; obrigatório ou facultativo; integral ou parcial; eficiente ou ineficiente. É estatal, principal e obrigatório quando a segurança pública é prestada pelo Estado, cumprindo sua obrigação constitucional. É privado, secundário e facultativo quando exercido pelo povo, em auxílio ao poder público e na segurança privada. É eficiente quando desempenhado a contento, no controle da criminalidade e na transmissão da sensação de segurança à população. Ineficiente quando o resultado é inadequado, insatisfatório, irregular, deficiente, descontínuo e de baixa qualidade, não sendo apto a proporcionar a necessária sensação de segurança ao povo para a vida tranqüila em sociedade”. SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*, 2004, p. 116-119.

³⁶¹ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*, 2007, p. 07.

caminhos já eleitos" ³⁶². Uma definição que completa o conceito “modernizante” de Von Liszt, de 1881, como “é o estudo da repressão ao crime, e da indicação entre os meios disponíveis os mais adequados para a consecução desse fim”³⁶³.

Na versão de Cirino dos Santos, a definição de política criminal atenderia à consecução dos fins propostos pelos “programas” ideológicos, políticos e econômicos que dão sustentação à atuação do Estado.

A formulação de programas de *política criminal* nas sociedades contemporâneas pressupõe assunção, consciente ou inconsciente, dos fundamentos políticos da *Criminologia etiológica*, por um lado, ou da *Criminologia crítica*, por outro lado, cujos postulados filosóficos e métodos científicos são diametralmente opostos. A *Criminologia etiológica* é a ciência oficial da explicação do crime e do comportamento criminoso, cujos programas de *política criminal* constituem em indicações técnicas de mudanças da legislação penal para corrigir disfunções identificadas por critérios de *eficiência* ou de *efetividade* do controle do crime e da criminalidade – com os desastrosos resultados práticos conhecidos; ao contrário, a *Criminologia crítica* é a ciência dialética alternativa de explicação do crime e do comportamento criminoso, cujos programas de *política criminal* propõem um *Direito Penal mínimo*, orientado pela *abolição* do sistema penal, como objetivo estratégico final³⁶⁴.

A política criminal pode ser delimitada como uma estratégia “preventiva-repressiva” incorporada pela racionalidade estatal para a seleção e o controle de sua população, especialmente aquelas escolhidas para figurar alheia ao processo produtivo da vida humana. Assim, na proposição de uma “política criminal” brasileira uma espécie de caleidoscópio de sentidos, de poderes e de saberes foi montada como forma de legitimar o discurso de “controle social democratizado” por meio de uma imagem “agradável aos olhos”, ou seja, uma política de controle e de seletividade social legitimada na lei e pela lei, formando um sistema de “segurança” que seria capaz de responder simbolicamente aos medos e às desconfianças da população, ao mesmo tempo altamente seletiva e opressora contra as camadas populares “descartáveis”.

Nos anos 2000, a questão da “segurança pública” aliada à construção de um discurso de política criminal representou uma das diretrizes governamentais mais

³⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132.

³⁶³ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Volume 1 (1899). Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. LXXVII.

³⁶⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, 2006, p. 693.

discutidas em debates políticos, em conjunto com a “estabilidade econômica”, a justiça social e a expansão dos planos de assistência social. O tema da segurança conquistou seu espaço na gestão política do Estado brasileiro se tornando algo “além de uma mera questão de “polícia”. Com efeito, iniciou-se a montagem de um discurso sobre o “sistema de segurança pública” que envolveria diferentes setores dos poderes públicos capaz de gerir de forma mais eficiente a “violência” e os conflitos sociais.

Sob o discurso da “segurança”, o sistema de controle social penal só fez crescer nos últimos anos, envolvendo de forma substancial ações e programas originários de diversas áreas (como assistência social, educação, saúde pública). Nessa linha, o sistema de controle social não diminuiu, pois a pulverização de suas estratégias define bem a expressão foucaultiana da “microfísica de poderes” que transitam circularmente em nosso corpo social (e também pelo Estado). Uma amplitude que atinge a forma como o Estado Brasileiro irá lidar com sua “gestão penal do sexo”.

O problema da “segurança” é interpretado à luz das questões sociais, orçamentárias, policiais, penitenciárias, de saúde pública e, ainda, mediante a interpretação da “cidadania” ante a política governamental de “proteção e respeito” aos Direitos Humanos (como a criada “Secretaria Especial de Direitos Humanos”). Uma amplitude destacada pelo aumento da burocracia e pela tentativa de construção de uma política criminal “caleidoscópica” e “salvadora” que abrange aportes legislativos (prevenção e repressão à criminalidade) e simbólicos de “proteção/defesa” de direitos humanos e “promoção” da cidadania. Uma racionalidade simbólica que combina fatores contraditórios em um nó burocrático cujo foco ainda permanece na seleção e no controle das populações mais frágeis, como em um modelo de governo “dos homens e das coisas” descrito pelas reflexões de Foucault.

O atual sistema de “segurança pública” é um produto “caleidoscópico” de parcelas de poder oriundos da própria organização do Estado em três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, e com o incremento dos discursos legitimadores de participação ativa da população nas estratégias de controle social “daquilo que intolerável não tolerar” como crime. Assim, uma reflexão sobre o discurso da segurança pública passa por compreendê-lo sob diferentes aportes e funções atribuídos pela Constituição Federal, e sob sua leitura à luz do poder político. Ao Poder Executivo,

caberia a elaboração das políticas públicas (estratégicas e orçamentárias) para a “segurança”; ao Legislativo, sua função de construir um arsenal legislativo condizente com tais estratégias; ao Judiciário, sua função de cumprimento e julgamento conforme o significado atribuído ao discurso de “justiça e segurança”.

Nessa linha, o discurso “oficial” de segurança pública no país estaria assentado mediante três vertentes apoiadas pelo art. 144 da Constituição Federal e pelas estratégias da política de segurança pública nacional:

- a) Segurança repressiva: reúne os projetos destinados a ações típicas de policiamento ostensivo, contidas no art. 144 da Constituição Federal sobre, por exemplo, as funções da polícia militar;
- b) Segurança defensiva: compreende os projetos direcionados para a implementação de ações de policiamento comunitário, capacitação de profissionais de segurança, valorização profissional e incremento dos processos de gestão.
- c) Segurança preventiva: agrega projetos orientados a ações sociais e relacionados aos diversos atores públicos envolvidos nessas políticas.

Tais vertentes são legitimadas pelo discurso político de segurança eleito pelo poder público como o modelo de sua atuação ante as demandas de controle³⁶⁵. O

³⁶⁵ Segundo o site do Ministério da Justiça:

À Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) compete:

I - assessorar o Ministro de Estado na definição, implementação e acompanhamento da Política Nacional de Segurança Pública e dos Programas Federais de Prevenção Social e Controle da Violência e Criminalidade;

II - planejar, acompanhar e avaliar a implementação de programas do Governo Federal para a área de segurança pública;

III - elaborar propostas de legislação e regulamentação em assuntos de segurança pública, referentes ao setor público e ao setor privado;

IV - promover a integração dos órgãos de segurança pública;

V - estimular a modernização e o reaparelhamento dos órgãos de segurança pública;

VI - promover a interface de ações com organismos governamentais e não-governamentais, de âmbito nacional e internacional;

VII - realizar e fomentar estudos e pesquisas voltados para a redução da criminalidade e da violência;

VIII - estimular e propor aos órgãos estaduais e municipais a elaboração de planos e programas integrados de segurança pública, objetivando controlar ações de organizações criminosas ou fatores específicos geradores de criminalidade e violência, bem como estimular ações sociais de prevenção da violência e da criminalidade;

IX - exercer, por seu titular, as funções de Ouvidor-Geral das Polícias Federais;

X - implementar, manter e modernizar o Sistema Nacional de Informações de Justiça e Segurança Pública - INFOSEG;

XI - promover e coordenar as reuniões do Conselho Nacional de Segurança Pública;

modelo desenhado atualmente passa pela integração de estratégias repressivas e defensivas do discurso “oficial” de uso da “força” legítima do Estado, com sua suavização mediante a incorporação de discursos de promoção e respeito à cidadania e a prevenção de agressões que violem direitos e garantias fundamentais da população.

Um modelo de gestão da segurança pública com cidadania, ou seja, uma espécie de controle social em consonância com os direitos relacionados à vida humana: controle e proteção da vida, como destacado por Foucault em uma lógica biopolítica. Um exemplo de tal modelo é a elaboração do PRONASCI, desenvolvido pelo Ministério da Justiça a partir de 2007³⁶⁶, definido como “*Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania*”, visando, segundo informações do site oficial:

uma iniciativa inédita no enfrentamento à criminalidade no país. O projeto articula políticas de segurança com ações sociais; prioriza a prevenção e busca atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social e segurança pública.

Entre os principais eixos do Pronasci destacam-se a valorização dos profissionais de segurança pública; a reestruturação do sistema penitenciário; o combate à corrupção policial e o envolvimento da comunidade na prevenção da violência. Para o desenvolvimento do Programa, o governo federal investirá R\$ 6,707 bilhões até o fim de 2012.

Além dos profissionais de segurança pública, o Pronasci tem também como público-alvo jovens de 15 a 24 anos à beira da criminalidade, que se encontram ou já estiveram em conflito com a lei; presos ou egressos do sistema prisional; e ainda os reservistas, passíveis de serem atraídos pelo crime organizado em função do aprendizado em manejo de armas adquirido durante o serviço militar³⁶⁷. (grifo nosso)

O PRONASCI representa a complexidade da articulação dos discursos sobre a segurança pública no país. Uma mistura de repressão e de controle do Estado sobre a criminalidade, com as ações “preventivas” criando uma espécie de “controle social com

XII - incentivar e acompanhar a atuação dos Conselhos Regionais de Segurança Pública; e

XIII - coordenar as atividades da Força Nacional de Segurança Pública. (grifo nosso).

Texto retirado do Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007, Anexo I. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ1BFF9F1BITEMID540715BB1C9B47D395499FA38E3E99FAPTBR1E.htm>. Acesso em 05 de maio de 2012.

³⁶⁶ O PRONASCI foi instituído pela Medida Provisória no. 384, de 20 de agosto de 2007. Autor: Poder Executivo; Relator Deputado Marcelo Melo.

³⁶⁷ Informações retiradas do site <http://portal.mj.gov.br/pronasci/data/Pages/MJE24D0EE7ITEMIDAF1131EAD238415B96108A0B8A0E7398PTBRNN.htm>. Acesso em 02 de julho de 2012.

cidadania”, cujo desvelamento do discurso oficial é exemplificado na escolha do termo “enfrentamento à criminalidade” no lugar de “combate”. A criminalidade, na gestão de segurança pública, não é algo combatido, mas enfrentado mediante a organização de políticas de intervenção em diversos níveis: do aparelho policial até programas assistência social, cujo objetivo é “o envolvimento da comunidade na prevenção da violência”. Eis que o tema da criminalidade, sob o discurso oficial “democrático” do Estado, é assentado nos pilares de “repressão, prevenção e defesa social”, mas de “forma cidadã”³⁶⁸. A função oficial de seleção e de neutralização das populações “intoleradas” aparece mitigada pelo discurso de acolhimento social e de “prevenção da violência”. Uma ação social que reproduz o discurso de policiamento, conduzindo a expansão dos controles formais do Estado para todo o corpo social mais vulnerável.

Nessa linha, é possível traçar algumas considerações sobre a abordagem realizada pelo sistema de segurança pública no que tange aos crimes sexuais. Uma abordagem que passa pela seleção das estratégias de segurança divididas em “repressão, defesa e prevenção”. De modo geral, a abordagem do Estado sobre a criminalidade sexual é realizada de forma indireta tangenciando o controle da sexualidade e da violência no interior de programas como “Mulheres da Paz”. Um programa que visa,

Em comunidades dominadas pelo tráfico e pela violência, capacitar lideranças femininas para se aproximar de jovens em situação de risco infracional ou criminal e encaminhá-los aos programas sociais e educacionais do Pronasci, como o Protejo, Reservista- Cidadão, entre outros. As lideranças serão identificadas em cada comunidade por assistentes sociais ligados ao Pronasci.

O discurso presente em tal programa desvela a preocupação do Estado em identificar e selecionar mulheres para se tornar “Promotoras Legais Populares” que passam por cursos e oficinas de direitos humanos, mediação de conflitos e cidadania, recebendo uma “bolsa” auxílio financeira para atuarem como agentes “multiplicadoras”

³⁶⁸ Os principais programas que compõem o PRONASCI são: Concessão de Bolsas para Formação de Policiais Militares e Cíveis; Projeto Farol; Implantação de núcleos especializados nas Defensorias Públicas; Projeto Mulheres da Paz; Protejo – Jovem Cidadão; Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas; Núcleo de Enfrentamento do Tráfico de Seres Humanos; Formação e Aperfeiçoamento dos Profissionais da Segurança Pública; Efetivação da Lei Maria da Penha; Reservista Cidadão; Formação e Aperfeiçoamento dos Profissionais de Segurança pública Grupos Vulneráveis; Capacitação de Operadores do Direito em Direitos Humanos e técnicas de Mediação e de Solução de conflitos; Construção de Estabelecimentos Penais Femininos; Construção de Centros de Agressores da Lei Maria da Penha.

da “filosofia de pacificação social”. São elas, instrumentos do Estado para a seleção de situações e de jovens em risco social. O Estado pode transferir a responsabilidade “legal e social” de seleção dos grupos vulneráveis para a própria comunidade, responsabilizando sua população como “parceira” no enfrentamento da criminalidade e da violência, expandido sua esfera de controle para agrupamentos humanos resistentes à força normativa e política do Estado. Mitigando sua atuação de força punitiva, transformando a própria comunidade em aparelho policialesco de vigilância e controle social. As “Mulheres da Paz” são responsáveis pela identificação de situações de violência doméstica (e sexual), ainda de jovens em situação de risco (ou vulnerabilidade).

Para tais jovens, também são articulados programas como o “Protejo”, cujo discurso oficial versa sobre a promoção da cidadania e dos direitos humanos de jovens expostos à violência doméstica ou urbana. Na mesma linha do programa “Mulheres da Paz”, o “Protejo” distribui uma “bolsa” assistencialista aos jovens para atuarem como “multiplicadores” da filosofia de “pacificação” social, bem como oferece cursos e atividades extra-curriculares.

Projeto de Proteção dos Jovens em Território Vulnerável (Protejo) prestará assistência, por meio de programas de formação e inclusão social, a jovens adolescentes expostos à violência doméstica ou urbana ou que vivam nas ruas. O trabalho terá duração de um ano, prorrogável por mais um, e terá como foco a formação da cidadania desses jovens por meio de atividades culturais, esportivas e educacionais que visem resgatar sua auto-estima e permitir que eles disseminem uma cultura de paz em suas comunidades.

Um dos aspectos interessantes de tal projeto é a associação entre a sexualidade de risco e o “fator” criminológico, elencando a sexualidade como um perigo a ser controlado mediante sua associação a doenças venéreas e a gravidez na adolescência, como aponta a parte da transcrição do Manual de Convênios do PRONASCI, elaborado pelo Ministério da Justiça, no ano de 2008:

O PRONASCI desenvolverá políticas específicas de enfrentamento, controle e prevenção da violência [...] dentro dos seguintes conceitos: Jovem em situação de vulnerabilidade: i. jovens com baixa escolaridade; ii. baixo acesso mercado de trabalho; iii, com atividade sexual precoce e de risco; iv. expostos à violência doméstica e urbana.³⁶⁹(grifo nosso)

³⁶⁹ MANUAL DE CONVÊNIOS do PRONASCI. Ministério da Justiça. Ano: 2008, p. V.

A sexualidade, a baixa escolaridade, a violência doméstica e a vulnerabilidade (traduzida como “pobreza”) são interpretadas à luz de uma segurança cidadã como fatores de risco para jovens no ingresso à marginalidade. Tais programas possibilitam identificar os sujeitos do “novo controle social cidadão”: jovens e mulheres, de vítimas chamadas a agentes “promotores de paz” atuantes em áreas denominadas oficialmente de “*territórios vulneráveis*”, “*área de conflagração de risco*” ou “*periferias desestruturadas*”.³⁷⁰

O PRONASCI torna-se um exemplo da estratégia de política criminal do Estado Brasileiro em transformar a “cidadania” em instrumento de policialização de sua população mais vulnerável. Uma policialização que faz uso dos próprios mecanismos de seleção e exclusão social como agentes “transformadores” da violência, maximizando o controle por meio de instrumentos sociais e assistenciais aliados à repressão policial e judicial. Uma “política criminal de cunho assistencialista” cujo desenho de defesa social é incorporado pelas mesmas populações antes marginalizadas do processo. Ampliar-se-ia o controle para abrigar as populações (pobres, negras, faveladas) como parceiras na construção de uma cidadania sem crime, transferindo a responsabilidade da “pacificação” social para as próprias vítimas da violência.

A abordagem do crime sexual pelas políticas públicas não para por aí. Tangenciando a temática do crime sexual, políticas públicas atuantes na implantação e na efetivação da Lei Maria da Penha encontram um grande espaço nos discursos de valorização da segurança “cidadã” sob o viés da “prevenção”, como abarcado pelas diretrizes do art. 8º., da citada lei³⁷¹. Nesse sentido, deverão ser organizados pelo

³⁷⁰ Expressões utilizadas nas cartilhas, manuais, guias etc. oriundos da Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, bem como também constante nos mesmos documentos do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI.

³⁷¹ Art. 8º : A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

poder público (em parceria com toda a sociedade) mecanismos de contenção da violência doméstica mediante atuações repressivas (novas delegacias especializadas no atendimento desses delitos) e preventivas (por meio de campanhas de conscientização e educação).

Outra diferente estratégia de política pública de segurança, cujo efeito pode ser considerado mais “repressivo”, é desenhada para acolher a exploração sexual (tráfico humano). Uma política pública de enfrentamento a tais crimes, afirmada pelo discurso oficial o Estado com o “compromisso” da agenda política internacional e de tratados internacionais, que impõe a reforma da legislação e atuação repressiva do Estado. Também são desenvolvidas campanhas públicas de publicização de tais crimes, especialmente em aeroportos, rodoviárias ou territórios considerados de “risco” para a eclosão desse modelo de criminalidade.

Entre as vertentes “repressivas” e “preventivas” da criminalidade sexual, o discurso de segurança possibilita o reconhecimento dos tipos de violência sexual privilegiados no modelo de gestão: a violência doméstica passa a figurar como a vilã das políticas de criminalização e de culpabilização (bem como o acolhimento e a proteção) dos atentados cometidos no ambiente doméstico, nas relações pessoais, enfim, na seleção dos inimigos a serem controlados.

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher. (grifo nosso)

A violência sexual é assim tratada, de modo mais expressivo, no conjunto de outras violências, como a violência doméstica e a violência contra crianças e adolescentes. São eles os sujeitos principais e as vítimas consideradas mais vulneráveis (e, portanto, merecedoras da preocupação do Estado). Nesses casos, o Estado tem afirmado publicamente a necessidade de uma maior intervenção contra a gravidade desses “delitos”, destacando sua atuação mediante a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito, programas de saúde pública e a ampliação de delegacias especializadas no atendimento de mulheres (vítimas de violência doméstica) e de crianças e adolescentes.

E outro referente interessante para a análise do discurso das políticas públicas de segurança de “repressão e prevenção” de populações mais vulneráveis, é a atuação da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República ante o tema da violência sexual contra crianças e adolescentes no país. Sob tal enfoque foi elaborado o “Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes”. Segundo as informações disponíveis no site www.sedh.gov.br, o plano é definido como:

O Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes foi criado em 2002 como resposta às demandas do Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil. Uma das principais ações do programa é a mobilização de redes para integrar um conjunto de programas e ações dos governos, organismos e agências internacionais, universidades e sociedade civil para que sejam desenvolvidas e aplicadas metodologias de intervenção local capazes de desencadear respostas efetivas para a superação da violação dos direitos de crianças e adolescentes. A coordenação do Programa também é responsável pela disseminação de boas práticas; pela sistematização de dados e informações; pelo apoio às redes e comitês de enfrentamento da violência sexual e pela promoção de campanhas de sensibilização e mobilização. A área atua, ainda, na gestão do Disque Denúncia Nacional – Disque 100, serviço de recebimento, encaminhamento e monitoramento de denúncias de violência contra crianças e adolescentes, implementado por meio da parceria com a Petrobrás e o Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (Cecria)³⁷².

Entre as estratégias de “segurança” e direitos humanos abrigadas por tal política de “enfrentamento”, encontra-se o “Disque-100” – O Disque Direitos Humanos – Módulo Criança e Adolescente. Um serviço telefônico (e agora de internet), coordenado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que funciona como

³⁷² Disponível em www.sedh.gov.br. Acesso em 07 de maio de 2012.

um disque-denúncia anônimo para denúncias e encaminhamentos de violação de direitos humanos em todo território nacional. O serviço também está disponível pela internet através do site www.disque100.gov.br. Segundo o site, o “Disque-100” pode ser definido como:

O Disque Denúncia Nacional, ou Disque-100, é um serviço de proteção de crianças e adolescentes com foco em violência sexual, vinculado ao Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, da SPDCA/SDH. Trata-se de um canal de comunicação da sociedade civil com o poder público, que possibilita conhecer e avaliar a dimensão da violência contra crianças e adolescentes e o sistema de proteção, bem como orientar a elaboração de políticas públicas. Com o objetivo de receber/acolher denúncias de violência contra crianças e adolescentes, procurando interromper a situação de violação, o serviço atua em três níveis: 1. ouve, orienta e registra a denúncia; 2. encaminha a denúncia para a rede de proteção e responsabilização; 3. monitora as providências adotadas para informar a pessoa denunciante sobre o que ocorreu com a denúncia. Para ampliar o atendimento às vítimas, o Disque 100 realiza campanhas nacionais e regionais de informação e sensibilização do grande público. Anualmente, durante a época do Carnaval, são produzidas campanhas para minimizar os casos que o evento possa gerar. Os dados gerados pelo Disque Denúncia são fundamentais para o mapeamento de regiões críticas. Pelo número de denúncias recebidas, a Comissão pode detectar e agir regionalmente em focos de exploração sexual de crianças e adolescentes. O serviço é coordenado pela Secretaria de Direitos Humanos (SDH), executado em gestão compartilhada com o Centro de Referência, Estudos, e Ações sobre Crianças e Adolescentes (Cecria) em parceria com a Petrobras³⁷³. (grifo nosso)

O usuário pode utilizar o serviço para efetuar qualquer tipo de denúncia de violação de direitos contra crianças e adolescentes, além de fornecer informações sobre situações de risco ou orientações sobre como proceder para registrar uma situação de desaparecimento. A média diária de atendimentos realizados no ano de 2011, segundo o relatório oficial foi de 1.566 atendimentos (do total de 380.619 atendimentos realizados em 2011)³⁷⁴.

³⁷³ Segundo informações disponíveis no site oficial, “o Disque Denúncia foi criado em 1997 por organizações não-governamentais que atuam na promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Foi em 2003 que o serviço passou a ser de responsabilidade do governo federal. A coordenação e execução do Disque 100 ficou então a cargo da Secretaria de Direitos Humanos, criada no mesmo ano, vinculada à Presidência da República. Com a transferência de responsabilidade, o Disque-100 deixou de ser apenas um canal de denúncia, pois passou a articular, a partir de casos concretos, uma rede de retaguarda de serviços e parceiros em todo país”. Disponível em http://www1.direitoshumanos.gov.br/spdca/exploracao_sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia. Acesso em 10 de maio de 2012.

³⁷⁴ Conforme o relatório fornecido pela Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República – ano 2011, desde o início da oferta do serviço vinculado a uma política de governo em maio de 2003 até agosto de 2011, o Disque 100 já realizou “um total de 2.937.394 atendimentos e recebeu e encaminhou

Nas linhas do discurso de tal “política pública”, emerge todo o sentido “caleidoscópico” atribuído a gestão da segurança no país. O tema do crime sexual é elencando como uma espécie de “mal” que deve ser enfrentado em parceria por toda a sociedade brasileira (incluindo a iniciativa privada) como uma questão de “governabilidade”. Uma questão que aposta na policialização da sociedade como a vigilante daquilo que é “intolerável tolerar” como crime. A violência sexual contra crianças e adolescentes é uma das “agressões” (ou crimes) selecionadas para receber às respostas totalizantes de um governo pautado em mecanismos de controle da vida humana. São as carnes úteis escolhidas por um sistema econômico que se perfaz na atuação política do Estado. Programas como o “Disque-100” são acalentadores de uma situação em que não “fazer nada” é interpretado como mais uma violência. Desse

195.932 denúncias de todo país. Em relação aos municípios brasileiros 90% deles já foram atendidos pelo serviço (4.995).³⁷⁴ O serviço oferecido de denúncias anônimas, segundo a definição do programa, gera um número de protocolo pelo qual o denunciante poderia acompanhar (*online*) os desdobramentos de sua denúncia.

Em relação especificamente às denúncias efetuadas pelo disque 100, no último ano foi de 209 por dia (do total de 50.833 denúncias registradas em 2011). O relatório também especifica o número de denúncias por unidade federada do país (por grupo de 100 mil habitantes – IBGE 2010) em 2011, sendo a região Nordeste a campeã (38,16 den), seguida por Norte (37,64 den), Centro-oeste (29,21den), Sudeste (21,07 den) e Sul (19,81den). O estado brasileiro com o maior índice de denúncias (UF por grupo de 100 mil habitantes) é o Rio Grande do Norte, seguidos por Bahia, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Maranhão, Pernambuco e Ceará. Nos últimos lugares estão ranqueados Sergipe, Tocantins, Acre, Amapá e Roraima. Nota-se que não há uma correspondência direta entre as unidades federadas com os índices de denúncias por região do país.

A pesquisa também se desdobra sobre o perfil das vítimas e os tipos de violência cometidos contra crianças e adolescentes. De forma geral, são denunciadas mais ações contra crianças e adolescentes do sexo feminino (6.293) do que masculino (7.784) e 261 não informadas num total de vítimas de 11.338. Os tipos de violência catalogados são divididos em três grandes grupos: 1. Violência sexual (28%); 2. Negligência (35%); 3. Violência Física e Violência Psicológica (37%). Na violência sexual 78% das vítimas são meninas e apenas 22% de meninos identificados, enquanto os índices de 50% entre meninos e meninas na negligência e 51% de meninas e 49% de meninos nos demais tipos de violência.

A violência sexual também foi categorizada em quatro “tipos” abrangendo: a exploração sexual (onde 80% das vítimas são meninas); tráfico de crianças e de adolescentes (67% são meninas e 33% meninos); abuso sexual (77% são meninas e 23% meninos); e pornografia (69% são meninas e 31% meninos)³⁷⁴. Do total de denúncias registradas 72, 26% foram de abuso sexual, 27,19% de exploração sexual, 0,46% de pornografia e 0,09 % de Tráfico de Crianças e Adolescentes. Outro fator interessante trazido pelo Relatório é a construção de dados “estatísticos” referentes aos “suspeitos e suspeitas” denunciados (anonimamente) entre o período de 2004 a 2011. São adolescentes e adultos (que tiveram sua idade informada na denúncia), onde 89.576 são do sexo feminino e 96.855 são do sexo masculino. Segundo o Relatório não houve menção ao sexo de 679 suspeitos. Sendo o grupo etário de maior incidência é entre os 28 a 38 anos (61.880 suspeitos), seguidos pelo grupo de 18 a 28 anos (46.012) e o grupo de 48 a 58 anos (43.769). Entre os suspeitos de violência sexual, 68% são do sexo masculino e 32% do sexo feminino. No Relatório, tal proporção se mantém nas situações de exploração sexual como nas situações de abuso sexual.

modo, o Estado atua ainda que de forma pulverizada e (des)organizada sobre situações de risco em que a segurança, a saúde, a assistência social e a prestação jurídica em torno do “proteção” em direitos humanos e a repressão penal servem com escopo de sua intervenção sobre a vida humana. Uma condição possibilitada pela definição dada à violência sexual no país, como esclarece Souza & Adesse:

As relações de gênero, expressão das relações de poder entre os sexos, nos países em desenvolvimento – como é o caso do Brasil – têm fomentado um grande debate envolvendo as áreas psicossociais, de saúde, econômica, política, jurídica e cultural. As mulheres vêm obtendo êxito na conquista de certos direitos sociais, progredindo em direção à igualdade de gênero. A desigualdade, no entanto, ainda não foi totalmente ultrapassada, sendo um reflexo da tradição patriarcal da sociedade brasileira, expressada através da violência de gênero. Este é um fenômeno social alarmante que engloba diversos fatores e inclui um dos mais graves atos de agressão contra a mulher: a violência sexual. Apenas recentemente, a violência sexual passou a receber destaque e visibilidade por parte de órgãos governamentais, entidades civis, movimentos feministas e organizações não governamentais. Somente em 2002, a Organização Mundial de Saúde (OMS) definiu a violência sexual como todo ato sexual não desejado, ou ações de comercialização e / ou utilização da sexualidade de uma pessoa mediante qualquer tipo de coerção. Neste sentido, a violência sexual vem sendo crescentemente abordada na área da saúde, considerando os agravos ao bem-estar da mulher³⁷⁵.

Sob o discurso da vulnerabilidade e da expressão da violência de gênero (doméstica) que atua de forma “brutal” em nosso país, a preocupação com a criminalidade sexual passa a ser tangenciada dentro das (raras) políticas públicas e esgotada na seleção de suas “vítimas”: as mulheres (vítimas de violência doméstica) e as crianças e adolescentes em situação de “risco” social. São os corpos selecionados pelos programas de controle governamentais que justificariam a intervenção do Estado, não apenas na função repressiva de controle penal, mas, sobretudo em um aporte de gestão da vida humana em sua totalidade: o crime sexual é uma questão de saúde pública, de segurança, de assistência social, da controladoria de recursos públicos, enfim, um mecanismo de “seguridade” que completa a tomada biopolítica da vida humana.

No Brasil, a violência doméstica se destacou como foco no início do movimento feminista e das intervenções propostas. Tal mobilização se deu em função da brutalidade dos numerosos casos de violência conjugal, de um lado, e da impunidade dos agressores, de outro. Apenas recentemente a atenção se volta

³⁷⁵ SOUZA, Cecília de Mello; CARVALHO, Maria Luiza; GALLI, Maria Beatriz & ALCANTARA, Rosana dos Santos. *Violência sexual no Brasil: perspectivas e desafios*, 2005 / organizadoras Cecília de Mello e Souza, Leila Adesse. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005, p. 05.

para outras formas de violência, como a sexual. Portanto, de início, o combate à violência tampouco apareceu referido ao setor saúde e sim como questão de polícia e legislação. Logo, é fundamental salientar a invisibilidade da violência sexual na definição do problema da violência doméstica e, conseqüentemente, nos dados e pesquisas levantados para este diagnóstico. Os estudos e as políticas públicas voltadas para a violência sexual são recentes e escassas. Esta lacuna é significativa, tanto no contexto da mobilização nacional contra a violência doméstica, como no que se sabe sobre iniciativas voltadas para a questão e a produção de conhecimento no país – sobretudo se comparada à produção no exterior. Isto revela uma dificuldade inicial de se trabalhar com as dimensões mais problemáticas da sexualidade, possivelmente em função da nossa cultura e socialização sexual³⁷⁶.

O crime sexual, mediante sua abordagem “governamental”, pode contribuir para a formação das estratégias de controle populacional, para a seleção dos corpos úteis e inúteis e a neutralização daqueles que são considerados “desnecessários” à gestão da vida humana. Desse modo, a pulverização das abordagens sobre a criminalidade sexual possibilita o fomento de uma estratégia de controle social ampla e transcendente da mera função repressiva do Direito Penal.

Tal “pulverização” das estratégias de controle não são interpretadas à luz de uma “diminuição das estratégias preventivas, repressivas e de segurança” do Estado, tampouco da função do Direito Penal. Pelo contrário, em busca de estratégias cada vez mais “totalizantes” de controle e de gestão populacional, além da minimização dos riscos (e aumento da produtividade, arrecadação ou sensação de segurança), as políticas públicas (sobre o sexo) aliadas ao endurecimento da legislação do crime sexual (com as alterações do Código Penal e leis especiais), o Estado brasileiro traçou em linhas tênues (todavia, poderosas) sua “*gestão penal do sexo*”, selecionado suas vítimas, culpabilizando seus autores, definindo suas atuações, delimitando seu orçamento, criando e gerenciando as sensações de segurança e de insegurança, enfim, construindo um forte discurso de sua legitimidade lançando mão da política de controle da vida humana.

Nessa linha, cita-se a contribuição de Pavarini & Giamberardino sobre a importância da “pena” (e do Direito Penal) em uma sociedade cujo controle social está organizado para além de mecanismos exclusivamente “repressivos”:

³⁷⁶ SOUZA, Cecília de Mello; CARVALHO, Maria Luiza; GALLI, Maria Beatriz & ALCANTARA, Rosana dos Santos. *Violência sexual no Brasil: perspectivas e desafios*, 2005, p. 19.

A questão que se coloca é se a pena material, hoje, ainda responde a tal definição de castigo legal construída pela modernidade. Para respondê-la, é preciso considerar alguns processos históricos. O primeiro é a progressiva transformação do sistema penal de modelo ideal, marcado por uma forte racionalidade intrassistêmica, em um modelo autopoietico, no qual as novas necessidades de disciplina obrigam o próprio sistema a remissões contínuas a contextos extra-penais de referência, tornando-o, ao mesmo tempo, cada vez mais condicionado por um policentrismo de fontes e poderes não hierarquizáveis em termos rigorosamente pré-determinados. Em segundo lugar, a perda de centralidade e a assunção de um caráter residual pelo sistema penal axiologicamente fundado sobre valores compartilhados socialmente e, portanto, a ele próprio pré-existente, em prol de um sistema penal prevalentemente artificial. (...) A função de censura do direito penal não foi demonstrada, mas apenas pressuposta: não passa de uma simples ilusão supor que ele tenha a virtude de atingir “socialmente” e “normativamente” (e, portanto, formalmente) o que é por ele nominado, na posse de tal força simbólica. A maior parte do Direito Penal reside fora do código penal e é prevalentemente composta por incriminações contravencionais (restando ausente, devido à natureza artificial das mesmas, qualquer percepção social de desvalor das condutas assim tipificadas); e ainda, o Direito Penal parece hoje proteger prevalentemente funções próprias do Estado³⁷⁷.

Os corpos apropriados pelo sistema como “vulneráveis” à criminalidade sexual são as mulheres - não qualquer uma delas -, mas as vítimas da improdutivo e destrutiva violência doméstica, e as crianças e os adolescentes (corpos expropriados pelo abuso sexual e pela sua exploração comercial). A vulnerabilidade dessas vítimas legítima tanto a construção de um sistema agregador de políticas de segurança e de ação social aliados como à máxima criminalização contra a agressão aos seus corpos. Mas, resta um aviso: embora o discurso oficial seja de máxima “proteção” (cidadã), o que se aplica na materialidade dos corpos humanos violados é o máximo “controle” por meio de sua neutralização em políticas públicas ineficientes ou insuficientes para abrigar os dramas da violência; O da neutralização dos seus autores em programas de assistência que nunca saíram de sua previsão, sobrando a “proteção” de uma lei penal vingativa (e punitiva) grave, mas pouca aplicação judicial.

A “*gestão penal do sexo*” brasileira poderia compor em um quadro emoldurado pelas suas disparidades: ao relacionar gestão pública com políticas criminais, foi produzido um sistema de “*criminalização do ataque às carnes úteis*” em que os corpos “selecionados” deveriam ser protegidos pela atuação “preventiva” do Estado (mediante sua gestão de segurança pública), deveriam ser punidos pela atuação “repressiva” da

³⁷⁷ PAVARINI, Maximo & Giamberardino, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.82.

legislação e dos órgãos de segurança; deveriam ser acolhidos pela “atuação” social e cidadã de políticas públicas de promoção de direitos humanos, tanto para a recuperação de suas vítimas quanto para o tratamento e a correção dos autores.

Todavia, em que pesem todas as elucubrações sobre o impacto da violência sexual e seus danos (irreversíveis, em sua maioria) na construção de políticas públicas de enfrentamento contra “mal social” ou da proteção das suas vítimas, a *gestão penal do sexo* encontra seu dilema: acaba imaterializada em políticas públicas de “papel” ou na reforma da legislação, mesmo que isso não represente um aumento expressivo no número de condenações. Seu dilema se apresenta na sua função velada: a “*criminalização da agressão às carnes úteis*” serve, sobremaneira, para o recrudescimento do controle das populações mediante o fortalecimento do Direito Penal e da política criminal expansionista.

A *gestão penal do sexo* encontra sua função material: legitimar o atacado e criticado Direito Penal, revigorando seu discurso de “proteção dos bens jurídicos”, “prevenção e repressão da criminalidade”, agora sob o enfoque “das políticas públicas cidadãs”.

Nessa linha, destaca-se o posicionamento de Jessé Souza³⁷⁸ sobre a histórica construção do ideário de cidadania brasileiro atrelado a certa noção de modernização “eurocêntrica”, em que nossas particularidades (cultura, sexualidade, raça, entre outros aspectos) foram (e ainda são) interpretadas como uma espécie de cidadania incompleta ou imperfeita, fruto de uma modernização também incompleta ou imperfeita. Souza buscou outros aportes para reconstruir o processo de modernização brasileira para além de sua marca de imperfeição³⁷⁹. Assim, pesam sobre a sociedade brasileira a marca da submissão (histórica) e a introjeção dos valores culturais, sociais e econômicos gerando uma espécie de culpabilização “pessoal”, reforçada cotidianamente pelo nosso “fracasso” na assimilação dos valores centrais de uma sociedade capitalista. Teríamos, portanto, não uma cidadania plena, mas a construção

³⁷⁸ SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

³⁷⁹ SOUZA, Jessé. *(Não) Reconhecimento e Subcidadania ou o que é “ser gente”?* In: Lua Nova, no. 49, ano 2003. Acesso em 05 de maio de 2012.

de uma “subcidadania” que se reproduz cotidianamente em nossas práticas sociais e na elaboração de nossa “subjetividade”.

As reflexões de Souza podem contribuir para a crítica ao modelo de cidadania proposto por política criminal “cidadã” (especialmente sobre o sexo), pois entre a segurança e a cidadania, se desvelam a produção e a reprodução dos discursos que abrigam nossa “subcidadania” mediante o não reconhecimento dos rostos humanos em face do poder público e de sua exclusão pela via do seu poderio penal.

Vivemos, portanto, uma *gestão penal do sexo* orientada pelo discurso do “máximo”: uma máxima atuação das políticas públicas; uma máxima atuação da lei penal; uma máxima repressão à criminalidade sexual; uma máxima denúncia das vítimas mais vulneráveis; uma máxima política de respeito aos direitos humanos e promoção da cidadania; realizada sob a letra do “mínimo”: uma mínima atuação de fato da lei penal; uma mínima proteção e acolhimento dos dramas pelas políticas públicas; um mínimo exercício de cidadania (ou do reconhecimento da “subcidadania”); um mínimo respeito pelos direitos humanos. Resta um máximo: o máximo controle penal para aqueles corpos cujo “mínimo” sequer foi reconhecido.

Pensar em cidadania ou direitos e políticas públicas pautados pelo tema da dignidade pode vir a ser um aporte sinalizador de outras possibilidades para o humano. No tocante aos crimes sexuais, o reconhecimento da “dignidade” pela lei penal pode oportunizar uma resposta à seletividade e exclusão assumida pelo Estado brasileiro. Talvez, aí outras respostas à “*criminalização da agressão à carne útil*” possa emergir para resistir às tentações do controle sobre a vida humana legitimado pelo Direito Penal.

3.1.3. O regime sexual de exceção

Sob uma racionalidade atuarial pode-se descrever a articulação das mecânicas punitivas sobre os corpos humanos mediante a conversão do sistema jurídico penal em um sistema de controle diferente de todas as outras experiências punitivas anteriores. A emergência de legislações penais de ocasião, o impacto “justiceiro” das mídias, a expansão dos discursos de “segurança” apregoados por um “mantra” social em que a

criminalidade se torna um problema fundamental do Estado, aliada às teorias de “lei e ordem” e de funcionalização econômica da criminalidade, são alguns dos aportes que lançam luzes para a questão da criminalidade e desfocam (propositalmente) as relações entre o Direito Penal e a temática de poder. Lembrando Foucault, vivemos há mais de 150 anos uma espécie de “reformismo” do sistema penal e penitenciário³⁸⁰, não porque ele funciona mal, mas porque sua função “não oficial” de controle requer sua adequação à lógica dos poderes que o orientam.

Entre a função “oficial” de um sistema penal cuja essência é a proteção de bens jurídicos fundamentais e a função “velada” de seletividade e de controle social das populações descartáveis pelo poder econômico, o Direito Penal evidencia-se um dos casos mais interessantes de dissociação da lógica de poder, pois serve a qualquer instrumento que faz uso da vida humana como condição de rentabilidade ou lucro. O Direito Penal e o sistema punitivo como um todo não estão em crise, mas são alimentados pela crise cuja racionalidade serve a qualquer forma de exclusão ou “reserva” de grupos populacionais, como nos apontaram os estudos de criminólogos críticos nas últimas décadas.

Tal como o fazem Pavarini & Giamberardino sobre o funcionamento do cárcere, “o cárcere pode ser útil na gestão da criminalidade e da reincidência se e enquanto for capaz de operar segundo a finalidade de neutralização seletiva”³⁸¹.

A construção de um direito punitivo centrado na ideia de culpa foi a coroação do abandono de um sistema punitivo em que a responsabilidade pelo crime era arbitrada objetivamente sobre o corpo dos homens. Do ponto de vista teórico-dogmático, a passagem da responsabilidade objetiva para a responsabilidade subjetiva representa para o Direito Penal a eleição de um princípio de justiça, imparcialidade e de legalidade na aplicação da pena como critério de racionalização punitiva.

Dessa maneira, a culpabilidade aparece na medida em que o poder punitivo deixa a marca do corpo do súdito e encontra a “alma” do sujeito. O próprio termo “culpabilidade” na língua alemã (*Schuld*) aparece carregado de um duplo significado: é

³⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 1996, p. 12.

³⁸¹ PAVARINI, Maximo & Giamberardino, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 64.

culpa e dívida, imitando de alguma maneira a ideia de um “pagamento”, como “pagar as culpas”, “os pecados”, “as dívidas”³⁸². Sob o signo da culpa, o Direito Penal incorpora o formalismo da lei ao discurso da pastoral cristã da carne, instituindo um critério formidável de controle sobre o corpo: o tabu da lei aliado ao tabu da norma³⁸³.

A culpabilidade pode ser definida como reprovabilidade por um desvio de direção conforme o sentido (seja um desvio da vontade ou por um defeito de caráter do autor). Seu pressuposto é a vontade livre de determinação ou não conforme as normas, singularizada na culpabilidade como a reprovabilidade de uma ação antijurídica individual e concreta. E, com base nesta construção de seu campo teórico, seus elementos são assim distribuídos: a) imputabilidade; b) possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato; c) a exigibilidade de obediência ao Direito.

Tal conceito ganhou forma mediante sua relação no interior da dogmática penal contemporânea com os mecanismos punitivos legais e jurídicos, corretivo-disciplinares e de segurança. A culpabilidade já foi psicológica³⁸⁴, normativa³⁸⁵, e desde os anos 60,

³⁸² ZAFFARONI, E. & PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª. Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 110.

³⁸³ Em Foucault e o tema da pastoral cristã em destaque: o tema da culpabilidade dos corpos e a definição do poder pastoral em regras de: responsabilidade, obediência e mortificação.

³⁸⁴ A culpabilidade psicológica foi definida “como uma simples conexão causal subjetiva, simultânea e paralela do nexo de atribuição objetiva”. Segundo Fernandez, “es el relacionamiento psíquico del autor con el resultado externo de su conducta. FERNÁNDEZ, Gonzalo. La Fundación de la teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinald. *Sobre la estructura del Concepto de Culpabilidad*. Buenos Aires: Edição Julio César Faria, 2002, p. 13. E completa Cerezo Mir, “el nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo, el relacionamiento psíquico del autor con el resultado externo de su conducta”. CERESO MIR, José. El Delito como Acción Culpable. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, tomo XLIX, fascículo I, 1996, p. 15-16. A teoria psicológica como pensada por Von Liszt está assentada na divisão incisiva do delito em elementos objetivos (externos) e subjetivos (internos). A dimensão objetiva do delito é o lugar do injusto e a dimensão subjetiva é a culpabilidade. E essas dimensões estão situadas em estratos analíticos diferenciados, como se fossem distribuídos “sem vasos comunicantes entre si”. Desse modo, tudo o que representava a apreensão subjetiva do delito é alocado no universo da culpabilidade. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Volume 1 (1899). Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. LXXVI. Eis aí, segundo Bettiol, a concentração do esforço de toda doutrina psicológica em construir uma noção geral de culpabilidade que abarcasse tanto o dolo quanto a culpa, considerados como as únicas formas pelas quais a culpabilidade pode se apresentar concretamente. BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume II. Trad. Paulo José da Costa e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 07.

³⁸⁵ Os primeiros delineamentos do “conceito normativo de culpabilidade” a partir de teóricos juristas como Frank, Goldschmidt, Freudenthal e Mezger destacam que tal conceito não prescinde do liame psicológico necessário entre o autor e o resultado, mas deverá, agora, considerar esse liame psicológico como um elemento de fato sobre o qual assenta um juízo sobre a culpa. Assim, resume Bettiol, “a culpabilidade não é mais um dado psicológico-naturalístico, mas é um juízo que pressupõe a presença de vários

sob o impacto do subjetivismo filosófico, ganhou com Welzel³⁸⁶ a versão finalista em que “a falta de autodeterminação conforme os fins num sujeito que era capaz de determinar-se. Não é a decisão conforme os fins em favor do mal, mas o ficar preso e dependente, o deixar-se arrastar por impulsos contrários ao valor”³⁸⁷.

Tal conceito para auferir a capacidade ou não de culpabilidade foi bem aceito pelas legislações penais posteriores. No Brasil essa fórmula é abrigada no artigo 26 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Art 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assim, a culpabilidade tomada como reprovabilidade (ou inexigibilidade) pelo fato cometido individualmente abre espaço para a entrada da subjetividade como tema de Direito Penal³⁸⁸. Entretanto, torna-se necessário fazer um aviso: a entrada da subjetividade é interpretada pelo sistema penal como a condição da existência de um fato punível e condição de aplicação de pena. É a “entrada da alma” no interior do Direito Penal verificada por Foucault como a nova sede punitiva. Um corpo-sujeito que

elementos entre os quais se inclui o nexo psicológico entre o evento e o autor”. O conceito normativo da culpabilidade, segundo Jescheck: “Pretende integrar la totalidad de los componetes psíquicos del hecho en un concepto material superior que debe posibilitar una valoración de la faceta interna del hecho y, de esse, modo, hacer comprensible qué factores pertenecen a la culpabilidad y como haya de enjuiciarse la ausencia de algunos de sus elementos. BETTIOL, Giuseppe. *El Problema Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, p. 12; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. Edição. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p.

³⁸⁶ Hans Welzel foi professor da Universidade de Göttingen desde 1936. Segundo Velo, foi nessa Universidade que Welzel delineou a chamada “teoria final da ação” influenciado pelo existencialismo e a fenomenologia do seu momento histórico. Suas influências vão do transcendentalismo de Kant ao filósofo Richard Hönigswald, por meio de sua obra “Fundamentos da psicologia do pensamento” (*Grundlagen der Denkpsychologie*). Produziu nessa época célebres obras como “Estúdios para el sistema de Derecho Penal, a primeira edição de “Manual sobre a Parte General” e a monografia sobre “La teoría de la acción finalista”. Ao final da Segunda Guerra, Welzel exerceu a cátedra de Direito Penal na Universidade de Bonn, substituindo Alexander Graf Zu Dohna. VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 46

³⁸⁷ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista, p. 101.

³⁸⁸ Welzel, influenciado especialmente pelo existencialismo e pela fenomenologia, percebeu (e vivenciou) tais limites da teoria penal em face da totalidade do poder e procurou construir uma nova teoria penal pautada pela valorização da dimensão da ação humana como limite do poder punitivo do Estado. Refutou o mecanicismo para buscar na compreensão ética da ação humana um lugar de privilégio para construção de um Direito Penal um tanto mais “protegido” da violência do Estado.

se torna o investimento de um poder interessado no adestramento para o trabalho, para a renda.

Daí a importância de olhar atentamente como as estratégias de poder investem sobre os corpos humanos produzindo aqueles que serão considerados “os sujeitos culpáveis” merecedores da resposta penal do Estado.

São culpáveis ao longo da história dos discursos punitivos: o sujeito clássico do contrato social, *l'homo penalis*, um homem que está exposto à lei e que só pode ser punido por ela; ainda, na virada novecentista da ciência e do positivismo ideológico, emerge *l'homo criminalis* o que modifica sensivelmente a mecânica punitiva, pois, para além do fundamento legal, o Direito Penal deverá apreender certa “essência” do homem mediante o estudo da consciência, vontade, capacidade, periculosidade são alguns dos conceitos legais preenchidos pelo discurso subjetivo do indivíduo. O discurso penal permeado por traços humanísticos, pelas ciências humanas e afins, passa a procurar no indivíduo as causas da transgressão (do crime) e suas possibilidades individuais de cura, de tratamento, de correção. E, por fim, o aparecimento do *homo oeconomicus*, como o sujeito biopolítico tramado no interior dos discursos econômicos por meio de uma política de perdas e de ganhos, em que até a lei penal se converte em princípio de investimento³⁸⁹.

Todavia, a trajetória da culpabilidade não termina em sua subjetivação. A tomada economicista do sistema punitivo emerge sob um dos paradoxos do sistema punitivo contemporâneo: um regime legal-penal que extrapola a esfera da subjetividade e encontra na funcionalização e economicização do corpo o elemento “jurídico” central de sua penalização: o Direito Penal do Inimigo.

Nessa linha, teóricos do Direito Penal vêm destacando a falência ou o esvaziamento da culpabilidade como em uma espécie de efeito dominó sobre a culpa, a pena e, por seguinte, o Direito Penal. Ordeig precisou as causas de tal “efeito” na “histórica” compreensão do discurso da culpa como pressuposto indispensável da pena e da sua definição como reprovabilidade do autor porque ele decidiu mal, apesar de ter a capacidade pessoal de decidir conforme o direito.

³⁸⁹ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, 2004, p. 254.

A dogmática penal caminhou (desde os clássicos) para a preservação do livre arbítrio como fundamento da culpabilidade. Nesse sentido, saída para a dogmática seria o rechaçamento da culpa como vontade livre e a preservação do Direito Penal, ou seja, procurar construir um sistema penal da culpabilidade para além da abstração do livre arbítrio. Uma ideia de culpa sem seu fundamento originário: o homem livre e responsável³⁹⁰.

Fabrizius reforça o esvaziamento do conceito de culpabilidade o equiparando a uma espécie mágica, “o unicórnio: uma bela representação, mas sem existência”³⁹¹, em que as formas que impuseram tal esvaziamento persistem colocando o conceito sob um aporte metafísico jamais superado. Nessa linha, em um contexto social que o Direito Penal é chamado a exercer sua funcionalização de controle populacional, a culpabilidade é uma dos discursos mais facilmente modeláveis à lógica punitiva, como destaca o autor:

Em resumo, o que se constata é que o objeto “culpa” não existe mais na representação dos juristas. Ao nome, já desprovido de qualquer conteúdo, são atribuídos conceitos que devem preencher uma função dentro do aparato de justiça penal. Consequência inevitável daí é que também os autores individuais sejam funcionalizados³⁹².

Para Hassemer, o “bombardeamento” da culpabilidade costuma ser explicado por sua incapacidade de justificar a pena como indicador de sua medição ou critério de imputação e exculpação devido ao sobrepeso de sua sustentação teórica em um plano metafísico (indemonstrável). Daí sua interpretação por parte da doutrina penal como um “signo” de um Direito Penal autoritário que desvia a responsabilidade da sociedade pelo “delito” e como um obstáculo para um Direito Penal humanitário pautado na relação entre autor e sua culpa, senão nas soluções para a criminalidade³⁹³.

³⁹⁰ ORGEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?* Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorail Civitas, p. 107.

³⁹¹ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Tradução de Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 14.

³⁹² FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Tradução de Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 15.

³⁹³ HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al Principio de Culpabilidad?* Disponível em: www.juareztavares.com/textos/hassemer_alternativa_culpabilidad.pdf. Acesso em 17 de abril de 2012.

El principio da culpabilidad está siendo hoy amenizado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz. Es válido explicar y defender las misiones irrenunciables que se le han asignado: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad por azar, diferenciar y valorar la participación interna en el suceso externo y garantizar la proporcionalidad de las consecuencias jurídico-penales. No lo es, en cambio, mantener el reproche de culpabilidad que hoy se formula contra el autor de un delito en nombre del principio de culpabilidad, porque desde el punto de vista teórico es insostenible y desde el punto de vista práctico perjudicial. Un ordenamiento jurídico penal que procure evitar en lo posible molestias a las persona y fundamentar honestamente sus intervenciones debe renunciar a esse reproche³⁹⁴.

Todavía, tais discussões apontam para a incongruência de um conceito construído como a fundamentação da imputação da pena sobre a reprovabilidade pessoal de um autor em um contexto social de “multidão”. Um discurso sobre a função do Direito Penal como instrumento político de combate contra aqueles que são considerados socialmente perigosos, indesejáveis ou novidade na dinâmica de poder constantemente reavivado pelas chamadas “doutrinas de segurança”. Nessa linha, o Direito Penal é utilizado para fins muito além da mera imputação e responsabilização penal, convertendo-se ele mesmo em uma ordem política. Toda sociedade elege de uma forma ou de outra um inimigo a ser combatido. A criminalização deste inimigo é uma estratégia bem conhecida das demandas de poder e do Direito Penal, como já denunciado por Zaffaroni.³⁹⁵

A confluência entre uma política criminal repressora e um cálculo de “custo-benefício” econômico são as condições para a articulação do Direito Penal como um instrumento da *política penal* de Estado comprometida com a máxima criminalização e com a restrição de direitos e garantias. Nessa linha, a fonte de nossas maiores inquietações é a emergência desta “ordem penal” no interior de uma política supostamente democrática abrigada no interior de um Estado de Direito cuja premissa é o respeito aos direitos humanos. Ou seja, um sistema penal cuja roupagem economicista envolve-se em fragmentos democráticos.

Esse aparente paradoxo, segundo Francisco Munhoz Conde, pode conduzir o Direito Penal a dois extremos: a) à permanência de uma dogmática comprometida com

³⁹⁴ HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al Principio de Culpabilidad?*

³⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007, p. 11.

uma ordem constitucional (especialmente destinada para um tipo de criminalidade comum); b) à emergência de uma dogmática especial, comprometida com a defesa da sociedade contra um inimigo “real ou imaginário”. Uma divisão que caracteriza o paradigma do Direito Penal “biopolítico”: um Direito Penal para a generalidade e outro Direito Penal para alguns grupos especiais de pessoas, os selecionados como indesejáveis, como diferentes, como o “inimigo”.³⁹⁶

Um inimigo cujo controle não pode estar definido sob a mesma ordem da repressão estatal como a prisão, mas é necessário garantir a supressão de direitos motivados “pela defesa à sobrevivência” contra o inimigo comum. Um inimigo mais próximo da definição de Schmitt como uma categoria política necessária e independente de qualquer característica física ou distinção moral. Não é, portanto, o mal, o feio ou o injusto, mas aquele considerado politicamente “o outro”, o estrangeiro.³⁹⁷

Segundo Schmitt, é por meio de uma decisão política que o sujeito se torna “o outro”, e como “outro” está para além de qualquer abrigo jurídico ou político. O “outro” é, por essência, desqualificado juridicamente e, por isso mesmo, impedido de ser julgado pelas normas ou regras estipuladas por autoridades imparciais. O “outro” aparece assim como a “negação da própria forma de existência”, que pode e deve ser considerado como diante de uma real ameaça de aniquilamento.³⁹⁸

Esse é o principal efeito da definição de “inimigo”, ou seja, sua exclusão da ordem de legalidade e a sua consequente coisificação pela lógica política. A mera existência do “inimigo” colocaria em risco a existência do corpo social, do Estado ou do organismo político, justificando a necessidade de sua eliminação física.

Nessa linha, a política se torna, para Schmitt, um espaço de enfrentamento belicoso entre amigo e inimigo, com a consequência nefasta de que apenas um pode sair vivo, pois a existência do inimigo é a razão da unidade política. Uma definição que proporcionaria legitimidade ao poder político instituído para converter o combate à

³⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo, p. 60.

³⁹⁷ SCHMITT, Carl. *O conceito de Político*. Trad. Álvaro L. M. Valis. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 52.

³⁹⁸ SCHMITT, Carl. *O conceito de Político*, 1992, p. 52.

criminalidade em uma preocupação de Estado, em um enfrentamento aguerrido contra o “inimigo” social.

O impacto do criminoso convertido em “inimigo” é uma das consequências desse Direito Penal biopolítico e sua política penal criminalizante. Assim, o inimigo ameaça simplesmente com a sua existência a ordem política, econômica e social estabelecida. E da negação da sua vida depende a sobrevivência do corpo social.

A imposição da cultura do medo, a mercantilização dos aspectos da vida, a sensação de insegurança e falta de garantias dos indivíduos na sociedade neoliberal são algumas das “demandas” sociais que insistem na produção de um Direito Penal “econômico”, ou seja, um Direito Penal superatual sobre as novas necessidades de criminalização e repressão dos “inimigos sociais”; um Direito Penal que faz dos mecanismos de exceção uma regra de criminalização. E, por conseguinte, uma justiça penal concatenada com as requisições dos poderes político e econômico. A razão do Direito Penal se torna exclusivamente a proteção do bem jurídico assegurada por uma política econômica.

Eis que tal Direito Penal encontra um dos seus fundamentos dogmáticos nas reflexões de Günther Jakobs³⁹⁹, em que o inimigo do bem jurídico tutelado é o sujeito do Direito Penal do Inimigo, cujas características:

1. A despersonalização do inimigo (ou do criminoso);
2. A reação penal a um estágio prévio à realização do delito;
3. A conversão da missão do Direito Penal como instrumento de proteção da norma, como “expectativas normativas”;
4. A imputação objetiva⁴⁰⁰;

³⁹⁹ JAKOBS, Günter e MELIÃ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Noções e Críticas, p. 37-38.

⁴⁰⁰ A teoria da imputação objetiva, segundo Bernal, pode ser assim descrita: “(1) *el primero*, es esa condición mínima para imputar: la causalidad entre la conducta y el resultado; (2) *el segundo*, denominado *imputación objetiva del comportamiento*, acude a *cuatro instituciones jurídico-penales*: 1) *riesgo permitido*, 2) *principio de confianza*, 3) *prohibición de regreso* y 4) *competencia de la víctima*, para establecer la relevancia jurídica de la relación causal entre acción e resultado, es decir, para calificar al *comportamiento como típico* y (3) *el tercero*, en los delitos de resultado – es decir, aquellos en los cuales el legislador no solo prohíbe en determinado comportamiento sino el resultado externo (fenoménico) que dicho comportamiento producirá -, llamado *imputación del resultado*, donde se ubica la realización del riesgo, en el sentido de Claus Roxin, pero entendiendo el riesgo como aquel que aclara el daño; así mismo, admite la teoría *del incremento del riesgo* pero prescindiendo de la realización del riesgo y de los

5. A culpabilidade convertida em “infidelidade ao direito”.

Sob esse aporte (que infelizmente traz poucas novidades), o Direito Penal aparece em dois polos: a) por um lado fica estruturado um sistema penal centrado no tratamento do inimigo já interceptado no estado prévio, a quem se combate conhecendo sua “periculosidade”; b) por outro, fica mantido um sistema legal-penal centrado no tratamento do cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para o Estado reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade⁴⁰¹.

Culpabilidade se converteria, portanto, “la responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico” ou, simplesmente, a infidelidade ao direito. Toda noção de culpabilidade fica vinculada à função preventiva da pena, particularmente a prevenção especial. O sujeito culpável é definido como o infiel, visto que coloca em risco com seu ato toda a normatividade do sistema, pois atingindo uma norma ele atinge toda a funcionalidade nela envolvida⁴⁰².

Nesse sentido, esclarecem Pavarini e Giamberardino:

Uma vez teorizada a defesa social como escopo do sistema penal, e adentrada a estrada da incapacitação seletiva de sujeitos socialmente considerados como perigosos, a pena de fato se reduz a medida de polícia, qualificada exatamente por atributos contrários àqueles da pena: não é expressiva, não é programática, não deseja produzir intencionalmente sofrimento. Quer tão-somente reduzir o risco social da criminalidade, colocando aqueles considerados como perigosos na condição de não poder fazer qualquer mal, neutralizando-os⁴⁰³.

O sistema penal do “inimigo” pautado na neutralização seletiva dos indesejáveis (ou inúteis) proposto por Jakobs faz lembrar o perigo da transformação da própria ordem legal, como denunciado por Giorgio Agamben mediante certa acomodação

cursores causales”. BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p. 158.

⁴⁰¹ O Direito Penal na sociedade contemporânea é uma ordem, segundo Jakobs, “que transita entre o Direito Penal do cidadão (em que pesem os princípios jurídicos de garantia da sociedade) e o Direito Penal do inimigo (em que não são garantidas as mesmas regras jurídicas)”. Daí a diferença fundamental entre o tratamento dado ao homicida (que só é processado diante da realização típica, da materialidade do fato e da constatação da autoria individual) e ao terrorista (que por si só coloca em risco a própria sociedade). JAKOBS, Günter e MELIÀ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Noções e Críticas.

⁴⁰² BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p. 160.

⁴⁰³ PAVARINI, Maximo & Giamberardino, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica*. 2011, p. 83.

diante de “uma situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito”⁴⁰⁴, ou seja, de certo estado jurídico que se apresenta como forma legal, mas não poderia sê-lo: o “estado de exceção”.

Para Agamben, temos vivido um incessante avanço pelos sistemas políticos e de governos dominantes do estado de exceção cujo aporte é a aproximação ou a indeterminação entre a democracia e o absolutismo. A exceção, para o autor, “é a terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida”⁴⁰⁵ onde as consequências para o humano podem ser dramáticas. O preço pago pela nebulosidade do poder na exceção costuma ser a exploração bárbara da vida humana. Nesse sentido, destaca Agamben:

O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei (cortada) realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde a lógica e práxis se indeterminam e onde a pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real⁴⁰⁶.

Desse modo, por meio de um estado de exceção podemos sentir o encontro da relação que liga à vida ao direito, da mesma forma que a abandona. Na exceção, o espaço da vida é, segundo Agamben, a vida nua permeada pela incerteza dos campos de concentração. No limite da condição de vida há a lei e sua suspensão. Entre a normatividade e a política, um espaço de ninguém onde sobra a violência sobre o corpo. Uma violência que poderia ter como alvo as vidas nuas⁴⁰⁷, como discorre Pál Pelbart:

⁴⁰⁴ AGAMBEN, Giorgio. *O Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

⁴⁰⁵ AGAMBEN, Giorgio. *O Estado de Exceção*, 2004, p. 12.

⁴⁰⁶ AGAMBEN, Giorgio. *O Estado de Exceção*, 2004, p. 63.

⁴⁰⁷ Segundo Pál Pelbart, um dos conceitos centrais para o desenho do pensamento político de Agamben é sua reflexão sobre a “vida nua”. Nesse sentido, a vida nua não poderia ser descrita como um mero estado biológico anexada à ordem jurídica pelo estado de exceção. Para Agamben, segundo o autor, ela é (junto com o poder soberano) o “produto dessa máquina biopolítica”. Assim, “a partir da indissociabilidade entre a vida e direito, de sua imbricação recíproca, talvez possa-se tentar-se, diz Agamben, mostrar a vida nua na sua relação ao direito, sem que seja preciso, nem sequer possível, recuar a qualquer estagio originário”. Isso não significaria, para o autor, a possibilidade como em

O campo é um espaço onde a norma e a exceção se tornaram indiferentes, é a estrutura na qual o estado de exceção é realizado normalmente, de maneira estável. O campo é o espaço biopolítico mais puro pois o que ele tem diante de si é a vida nua, a pura vida, sem nenhuma mediação. A questão não é como se pôde cometer crimes tão hediondos contra seres humanos, mas por quais dispositivos jurídicos e políticos seres humanos puderam ser privados de seus direitos e prerrogativas a ponto de que qualquer ato cometido contra eles deixou de aparecer como delituoso. A essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e de um espaço onde a vida nua e a norma entram num limiar de indistinção, e desse ponto de vista, um estádio onde a polícia italiana reuniu imigrantes albaneses clandestinos em 1991, o velódromo de inverno onde os judeus foram reunidos antes de sua deportação pelo regime de Vichy, as zonas de espera dos aeroportos internacionais onde são detidos os estrangeiros, as instituições para menores infratores, a base de Guantánamo, territórios sob ocupação militar, tudo isso pode ser considerado nessa ótica: um espaço onde a ordem jurídica normal é suspensa, e essa suspensão é tornada norma⁴⁰⁸.

Dessa forma, poderíamos refletir sobre a conversão do Direito Penal biopolítico em uma ordem de legalidade e de exceção: para o corpo legal, um sistema penal protetivo e garantista; para a “carne” sem nada, *uma vida nua* abrigada pela lógica da exceção.

Assim, em uma ordem biopolítica, o Direito Penal pode incidir sobre o corpo populacional no entrave entre a política e o direito, produzindo novos corpos culpáveis ora como criminosos comuns, ora como “inimigos” (da vida). E para cada um, uma resposta adequada à negação de sua existência: a prisão ou o campo (de

Foucault de “uma outra economia dos corpos e do prazer”, ou na a reedição da distinção entre *zoé* e *bios* nos moldes antigos, pois a vida privada tornou-se a “política, na definição “original” de Foucault, sobre a biopolítica como “socialização” do corpo, num sentido agora alargado”. Para Pál Pelbart, a vida nua se apresenta no campo: “em suma, é como se não pudéssemos regressar para alguém da vida nua produzida pelo campo, nem superá-la com um conceito qualquer de corpo prazeroso ou glorioso. A célebre forma de Foucault, de que seríamos animais cuja política está em questão nossa vida de seres vivos, deveria ser entendida também no sentido inverso, de que somos cidadão em cujo corpo está a questão da própria política”. Nessa linha, para o autor, a conclusão de Agamben é apenas indicativa, pois “no final de seu livro o *homo sacer* “fazer da própria vida nua, o local em que constitui-se e instala-se uma forma de vida vertida na vida nua, um *bios* que é somente *zoé*”. Idéia de todo enigmática, indicando, talvez, um outro sentido possível para está *zoé* (‘se denominamos forma-de-vida este ser que é somente sua nua existência’) e que quiçá se ilumine com a afirmação de que a cada dia parece mais inaceitável a cisão operada pelo poder entre o fato da vida e a forma-de-vida, e que só quando a vida deixar de ser concebida como um fato poderá tornar-se leque de possibilidades, isto é, variação de formas de vida. Apenas então pode-se pensar na conjunção indissociável entre vida e forma-de-vida – mas a vida concebida já como potência de variação de formas-de-vida”. PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 65-66.

⁴⁰⁸ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 65.

concentração, o campo de exceção da vida). Eis uma biopolítica que não mata seu agressor, mas “deixa morrer” indiretamente todo aquele considerado o inimigo, o outro, o estranho, o diferente, o perigoso. Qualquer corpo cujo perigo seja o atentado à vida dos demais, qualquer corpo cuja existência ponha em risco a população, qualquer corpo cuja decisão de poder recaia sob sua exclusão.

Nessa linha, ainda têm-se as contribuições de Hardt e Negri sobre as possibilidades de controle desenhadas por um “direito” em uma sociedade imperial (biopolítica).

Embora o estado de exceção e tecnologias de polícia constituam o sólido núcleo e o elemento central do novo direito imperial, esse novo regime nada tem a ver com as artes jurídicas da ditadura e do totalitarismo que em outras eras e com grande alarde foram exaustivamente descritos por muitos autores (na realidade, um número excessivo deles). Pelo contrário, o império da lei continua sendo eficaz e (precisamente por meio do Estado de exceção e das técnicas de polícia) se torna método. Essa é uma transformação radical que revela a relação não mediada entre poder e subjetividades, assim demonstrando a impossibilidade de mediações “prévias” e a incontornável variedade temporal dos eventos⁴⁰⁹.

Por isso, segundo os autores, a teoria do direito (assentada na soberania) apresenta dificuldades, sob o impacto das tecnologias de controle biopolíticas, de representar o “poder do Império” ou mesmo os fenômenos sociais que, em tese, são os destinatários do controle. Um direito diante da desterritorialização, da fluidez das trocas e das formas subjetivas, passa a representar cada vez mais uma função policlesca. Com esse aporte, estacamos a escorregadia conversão do sistema penal em uma lógica de exceção.

Isso não significa que todo o sistema tenha por função a exclusão. De fato, verificamos vários avanços legais e até atuações políticas no sentido de “fortalecer” a função social (simbólica) do Direito Penal ou sua adequação às “novas demandas sociais” de fluidez e de movência (como exemplo, a criminalização das condutas de risco). Todavia, para além da legalidade construída para fazer aparecer uma “democracia de ocasião”, o sistema punitivo pode configurar-se como mais uma função de lugar da pura violência contra a “carne” que não serve para nada. De neutralização da “carne” cuja função (econômica) se esgotou ou foi considerada desnecessária ou imprópria ao conjunto da vida humana.

⁴⁰⁹ HARDT Michael & NEGRI, Antonio. *Império*, 2005, p. 45.

Um dos lugares mais intrigantes para pensarmos nesse desenho da violência punitiva é o crime sexual.

A criminalidade sexual já figurou dentro dos discursos punitivos como pecado, doença, loucura, imoralidade, ou seja, sempre como uma transgressão social a certas regras ou condutas sociais que versavam sobre e para o sexo. Embora, o conjunto de regras tenha como alvo o “social” é sobre o corpo que a culpa se inscreve na “carne” humana. Os crimes sexuais apresentam assim seu dilema: são consideradas as alcovas do mal, mas pouco puníveis. Tanto mal, tanta expiação e pouca efetiva repressão punitiva do Estado. Afinal, conta-se para isso com a penitência silenciosa da Igreja e o diagnóstico normalizador da medicina ou das psicologias. O interessante é que, de uma forma ou de outra, buscamos sobre o crime sexual sempre justificá-los: pecado, doença e crime.

Daí ser possível pensar a inclusão da criminalidade sexual no interior de um regime penal “do inimigo”, de exceção. Todavia, isso não equivale dizer que afinal, todo criminoso sexual é um mostro e deve ser excluído. Pelo contrário, a radicalidade do sistema penal é incluí-lo na mesma lógica de mercado que permeia a formação da criminalidade contemporânea.

De um lado, mantemos todo um arsenal legislativo que tipifica e regula os crimes sexuais, aliás, recentemente alterado (“reformado”) pelo poder político nacional. Para esses crimes sexuais versam as regras de direito de nosso Código Penal e da Constituição Federal. São os crimes cuja descrição de bem jurídico representa a acolhida de uma reivindicação: o tema do sexual ou da dignidade sexual passa a figurar na letra da lei.

Os sujeitos culpáveis produzidos pela legislação penal são corpos em que o desvio pode ser recuperado ou tratado. Corpos em que a sexualidade ainda encontra na carne humana uma utilidade para o sistema. Só assim é possível perceber como a cifra negra se agiganta sob essa forma de criminalidade. Pais, professores, padrastos, maridos, vizinhos, são carnes produtivas ao sistema que podem ter se desviado, mas precisam ser corrigidos, bem como suas vítimas (no interior de políticas públicas de “segurança” em que o controle se edifica na fórmula: prevenção/repressão). Daí a punição para o crime, que se esvaí na incredulidade da fala das vítimas, da ineficiência

da prova pericial, da má vontade do Estado em investigar e punir esses corpos ainda úteis e na própria descrença de que não é perante a lei que o “mal” se resolverá. Uma política que “trata” o crime sexual como uma falta moral ou uma fraqueza ou uma patologia como forma de exculpar a violência, politizando e policiando aos corpos que merecem a proteção firme e punitiva do Estado em face de sua agressão. Nesse sentido, quanto menos sexualizar os crimes sexuais, mas eficiente seria seu abrigo no interior das políticas criminais e de segurança.

Por outro lado, emerge outra modalidade de punição que se assemelha à exceção. Quando a carne humana deixa de ter função (econômica), quando seu valor se esgota e sua exclusão é necessária, o crime sexual se converte em uma ordem de exceção eficiente para a biopolítica. Para além da lei, o crime sexual se reveste com sua face mais cruel: uma face que seleciona e neutraliza a “carne” passível de ser excluída.

Quando o sistema político e econômico interessado na vida elege o sexo como princípio de rentabilidade corporal, seus transgressores se convertem em inimigos a serem aniquilados por gozarem da carne proibida, por transgredirem a ordem econômica do sexo. O crime sexual deixa de ser o espaço do mostro para se tornar um indicador pontual daqueles que transgridem a política do bom sexo, daqueles que fazem do sexo um uso “inútil”.

Para esses transgressores, o sistema penal não basta, pois eles são os próprios inimigos da vida; nessa linha, desnuda-se a violência punitiva em toda sua plenitude em um espaço vazio de norma.

O tempo de liberdade (sexual) suprimida pela aplicação da pena privativa de liberdade abre espaço para a exceção na esterilização compulsória do criminoso sexual, na castração química ou física, na internação compulsória para tratamento antes do cometimento do crime, a denúncia do “risco” sexual mediante a criminalização dos atentados à sexualidade, a imposição de uso de medicamentos controlados, são exemplos da incorporação da exceção sobre os corpos humanos, que fundamentalmente são selecionados mediante sua carne que já não encontra mais valor, mais investimento, mais nada.

Ou simplesmente o abandono destes corpos “descarnalizados” no interior de um sistema prisional de exceção, expostos à violência pura e desmetida de um lugar onde a ordem jurídica é suspensão. No interior das cadeias públicas, das penitenciárias ou, mesmo, nas prisões provisórias das delegacias de polícia, uma aplicação do castigo violento sobre o corpo marcado pela “hediondez” do atentado à carne, se reveste em uma espécie de “moralização” da violência contra os “suspeitos” de crimes sexuais. Suspeitos selecionados para serem neutralizados como o “perigo” absoluto, marcado pela “ausência” de proteção legal (e policial) são submetidos à tortura, à segregação no interior mesmo dos aparelhos prisionais ou abandonados à própria sorte em um sistema “moral” que faz do sexo uma ordem de exceção. A cifra negra aqui também é enorme sobre as violências cometidas contra “suspeitos, réus e condenados” por crimes sexuais (castigados mediante sodomizações, espancamentos, isolamento e até a morte).

A exceção versa sobre a carne fraca, sobre a carne inútil. Eis que todos os discursos sobre o corpo e o sexo encontram-se no limiar de sua culpabilização. Quando não resta nada, aniquila-se sob a sutileza econômica do rentável. Um sistema penal sexual de exceção pode fazer sua entrada como mais uma tecnologia de poder que irá incidir sobre a vida humana, agora para aniquilá-la (ou purificá-la), para fortalecê-la. Nosso resto de “carne” aqui faz seu derradeiro alarde, afinal se abirmos mão dela não irá nos restar nada.

3.2. Um resgate possível da sexualidade

3.2.1. A vida possível de ser vivida: as resistências

Para além das limitações que a biopolítica, no contexto do capitalismo tardio, impõe sobre a vida humana, é possível destacar, conforme Pál Pelbart, que “se desde Aristóteles, diz ainda Foucault, numa frase retomada por insistência por seus intérpretes, e revirada por Agamben, o homem era um animal vivente capaz de uma existência política, agora é o animal em cuja política o que está em jogo é seu caráter de vivente”⁴¹⁰. Mais que um tema de governo e de Estado, a vida se torna o discurso político do Direito, das novas afirmações jurídicas, em que o discurso sobre a dignidade humana, sobre os direitos ao corpo, à saúde, à felicidade ou ao sexo, poderiam também aparecer como a réplica à política de controle da vida. Como afirmou Foucault, para todo poder há uma resistência capilar, pungente e incomodada, em que na tomada do controle da vida poderia haver um espaço para um campo de batalha efetivo para a concretização da “vida” fora das estratégias de coisificação e de segurança biopolíticas.

Afinal, se “as forças que resistem se apóiam sobre aquilo mesmo que a investe – isto é, sobre a vida e o homem enquanto ser vivo” segue, “desde então as lutas não se fazem mais em nome dos antigos direitos, mas em nome da vida, suas necessidades fundamentais, a realização de suas virtualidades, etc”. Para Pál Pelbart, a possibilidade pungente de resistência na leitura da biopolítica pode ser realizada mediante a problematização “visionária e fecunda” de Foucault, em que “se a vida foi tomada pelo poder como um objeto político, ela também foi revirada contra o sistema que tomou seu controle”.⁴¹¹

Tais delineamentos sobre a vida na biopolítica e as possibilidades de resistência são também explanados por Assmann; Pich; Gomes e Vaz, em suas reflexões sobre as

⁴¹⁰ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 58.

⁴¹¹ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 59.

apostas do pensamento de Agamben, ao problematizar a biopolítica em termos distintos como um poder sobre a vida ou um poder da vida⁴¹².

Poder da vida, máquina antropológica, domínio da relação entre ser humano e natureza: talvez seja lá mesmo, onde tudo parece dominação e submissão, que residam as possibilidades de resistência e reelaboração subjetiva. Mesmo que isso signifique, no limite, o reconhecimento da falência do projeto de subjetivação moderno e que dele nada mais reste a não ser o seu contrário, a des-subjetivação. Questão mais que atual para as práticas corporais em tempos em que o corpo e a subjetividade parecem se encontrar no mesmo destino.

Além da exaustiva definição de controle e de orquestramento sobre vida, seria possível refletir sobre as possibilidades de que esse poder faça aparecer “formas de vida” diferentes ou ainda outros modelos de subjetivação que não passam pela constante expropriação do corpo e utilização da vida. Nesse sentido, a biopolítica não poderia ser definida apenas sob um signo da submissão e do controle da vida humana, mas também como um espaço de criatividade para a emergência de diferentes “vidas”.

Isso não significaria uma apologia gratuita à vida sob a constante tecnologização e economização, todavia, pelo próprio reconhecimento dos dissabores provocados pelo enlace entre a razão instrumental, o desenvolvimento tecnológico e as categorias do humano. Adorno e Horkheimer, em sua *Dialética do Esclarecimento*⁴¹³, já apontaram para os perigos da “subordinação” da cultura (e das relações sociais) no interior da compreensão “dialética” e profundamente desigual do Iluminismo, denunciando a reprodução das diferenças materiais por meio da submissão dos corpos humanos à capitalização da cultura. E, conforme, Hart e Negri, a contribuição de Foucault possibilitaria ir além das submissões apontadas por Marx (e dos teóricos da escola de Frankfurt) para fazer aparecer às multiplicidades e às pluralidades em que os sujeitos

⁴¹² Nessa linha, refletem os autores: “Parece-nos importante, então, destacar elementos comuns que podem revelar a aposta de Agamben no poder da vida. Por um lado a “inoperosidade”, isto é, o valor da potência que suspende a relação com o ato. A potência deixa de ser simples “prenúncio do ato” para ser potência enquanto tal, potência de não. Por outro, trata-se da renúncia à subjetividade. Tanto na vida como figura da imanência absoluta, quanto no caso do quadro de Tiziano, vemos figuras que são “qualquer um”, que não são viventes aos quais pertence o viver. Por fim, a vida é situada como figura central do mundo, uma vez que se implode o mundo e não há mais um dentro e um fora. Mas uma indistinção do dentro e do fora no plano da imanência, a vida torna-se, assim, figura central da imanência absoluta”. ASSMANN, Selvino; PICH, Santiago; GOMES, Ivan Marcelo; VAZ, Alexandre Fernandez. *Corpo e Biopolítica: poder sobre a vida e poder da vida*. Acesso em 05 de março de 2012.

⁴¹³ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento : fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

humanos (bem como as populações) são submetidos num contexto de “transição” (disciplinar-biopolítico).

A transição a que nos referimos, entretanto, é fundamentalmente desigual porque, em vez de concentrar-se na unidimensionalidade do processo descrito por Marx e reformulado e ampliado pela Escola de Frankfurt, a transição foucaultiana lida fundamentalmente com o paradoxo da pluralidade e da multiplicidade – e Deleuze e Gattari desenvolveram essa perspectiva com clareza ainda maior. A análise da subordinação real, entendida como envolvendo ao apenas a dimensão econômica ou apenas a dimensão social da sociedade mas também ser *bios* social, e quando está atenta à modalidades de disciplinariedade e/ou controle, desfaz a figura linear e totalitária do desenvolvimento capitalista. A sociedade civil é absorvida no Estado, mas a consequência disso é uma explosão dos elementos previamente coordenados e mediados pela sociedade civil. As resistências deixam de ser marginais e tornam-se ativas no centro de uma sociedade que se abre em redes; os pontos individuais são singularizados em mil platôs. O que Foucault implicitamente construiu (e Deleuze e Gattari tornaram explícito) é portanto o paradoxo de um poder que, à medida que unifica e envolve todos os elementos da vida social (perdendo com isso sua capacidade efetiva de mediar diferentes forças sociais), nesse exato momento revela um novo contexto, um novo *milieu* de máxima pluralidade e incontornável singularização – um *milieu* do evento⁴¹⁴.

Outra importante contribuição é a reflexão de Dufour sobre a posição incumbida pela subjetividade neste contexto de “promessa” racional e esclarecida para os sujeitos humanos, em que:

No momento mesmo em que é atribuído a cada sujeito a tarefa de ser-si-mesmo, encontra-se a máxima dificuldade, senão a impossibilidade de sermos nós mesmos. Explica-se assim a multiplicação, nas sociedades pós-modernas, das técnicas para agir sobre si mesmo, verdadeiras próteses identitárias que são aplicadas lá onde está em curso a destituição do sujeito. Por exemplo, os programas televisivos, que transmitem cenas ordinárias de vida, ou o uso de estimulantes psicotrópicos, de que o doping constitui apenas um aspecto, para aumentar as capacidades individuais. Com a pós-modernidade, a distância em relação ao Outro tornou-se distância de si mesmo em relação a si mesmo. O sujeito pós-moderno não é apenas defasado, mas é dissociado. O sujeito pós-moderno encontra-se assim às voltas com a própria auto-fundação, em que pode certamente ser bem sucedido, mas encontrando-se constantemente em confronto com falências mais ou menos graves.

Esta distância interna do sujeito em relação a si mesmo, que se descobre inerente ao sujeito pós-moderno, modifica muito o diagnóstico de Freud sobre o sujeito moderno, levado à neurose. O sujeito pós-moderno parece destinado a uma condição subjetiva definida por um estado limite entre neurose e psicose, cada vez mais preso entre melancolia latente, impossibilidade de falar em primeira pessoa, ilusão de onipotência e fuga para frente na direção de falsos eus ou personalidades emprestadas, quem sabe múltiplas e oferecidas em profusão pelo mercado⁴¹⁵.

⁴¹⁴ HARDT Michael & NEGRI, Antonio. *Império*, 2005, p. 44.

⁴¹⁵ DUFOUR, Dany-Robert. *Uma nova condição humana: os extravios do indivíduo-sujeito*. Tradução portuguesa de Selvino J. Assmann. Texto original em: Le Monde Diplomatique, Paris, Fevereiro de 2001.

Entretanto, como destaca Pál Pelbart, uma leitura apressada poderia supor certo efeito “apocalíptico” ou “complacente” com o mundo da biopolítica, reduzindo sua complexidade a uma espécie de “dois pesos, duas medidas”. Uma coisa nem outra. Para Pál Pelbart, Foucault não deixou de insistir no tema das resistências, ou ainda, de constituição de formas de vida diferentes do controle exaustivo da biopolítica. O tema das resistências poderia, então, se constituir mediante a identificação de tantas formas exploratórias e consumíveis de subjetividades, de vidas e a rejeição delas. Desse modo, conforme Pál Pelbart, o paradoxo da biopolítica como poder sobre a vida, poderia fazer aparecer outras formas de vida, como as experiências comunitárias de novos sujeitos sociais (tanto as ligadas à Igreja como ao Movimento dos Sem-Terra, ao movimento hip-hop, entre outros)⁴¹⁶.

As próprias estratégias de resistência são modeláveis à lógica de poder, daí sua condição de reflexão e de existência. Fluidas e móveis, elas se estabelecem e se desestabelecem conforme as atuações e as intervenções de poder sobre a vida humana. É na sua dificuldade de identificação que reside sua atuação pontual e persistente. Nessa linha, Pál Pelbart aponta as diferenças entre os modelos ou discursos de resistência modernos e pós-modernos:

Se na modernidade a resistência obedecia a uma matriz dialética, de oposição direta das forças em jogo, com a disputa pelo poder concebido como centro de comando, com as subjetivações identitárias dos protagonistas definidas pela sua exterioridade recíproca e completamente dialética, o contexto pós-moderno suscita posicionamentos mais oblíquos, diagonais, híbridos, flutuantes. Criam-se outros traçados de conflitualidade. Talvez com isso a função da própria negatividade, a política e na cultura, precise ser revista. Certas dinâmicas urbanas (nomadismos sociais, novos corpos pós-humanos, redes sociais de autovalorização, devires minoritários, êxodo e evacuação de lugares de poder) exemplificam essa mutação na lógica da resistência, indo além das figuras clássicas da recusa⁴¹⁷.

Versão italiana: *"Una nuova condizione umana. Gli smarrimenti dell'individuo-soggetto"*. Le Monde Diplomatique/II Manifesto, Fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.ilmanifesto.it/MondeDiplo/LeMonde-archivio/febbraio-2001/01021m22.01.html>. Acesso em 01 de março de 2012.

⁴¹⁶ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003. P. 22.

⁴¹⁷ PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*, 2003, p. 136.

Assim, seria possível identificar no interior dos sistemas legais uma possibilidade de resistência aos controles biopolíticos. Uma resistência necessária ante a transição a um poder de controle do excesso, como definido por De Giorgi, “que não é mais produção, mas pura destruição de subjetividades”. Sob esta lógica de vilipêndio do corpo e de exploração da vida, são as resistências que impulsionam (inclusive o Direito Penal) a se movimentarem em torno do humano. Nesse sentido, as considerações de De Giorgi demonstram a centralidade desta discussão:

voltando o olhar para as formas de resistência emersas nos últimos anos em várias frentes – da identidade sexual ao trabalho, da imigração aos direitos de cidadania -, descobrimos que elas se configuram exatamente como práticas de contestação dos dispositivos que obrigam os indivíduos a aceitar identidades pré-constituídas e, como consequência, a colocar-se em espaços de controle pré-dispostos. Não penso aqui tanto nas resistências que acabaram por ser reconhecer enquanto tais e que, através de processos que poderíamos definir como de “auto-consciência”, se organizaram politicamente; penso muito mais nas resistências que emergem no cotidiano silencioso das formas de vida e das experiências biográficas individuais. Penso nas resistências que se enraizaram na corporeidade de um trabalho hiper-explorado e precário, nas expectativas de vida confinadas num gueto urbano ou no desejo de fuga que esbarra num confinamento artificial. “Exemplos de espécie”, diria Foucault; emergências singulares, muitas vezes subterrâneas, quase sempre ocultas ou tornadas invisíveis pelos dispositivos do controle pós-fordista, mas que delineiam uma nova cartografia das resistências biopolíticas⁴¹⁸.

Seria necessário reconhecer os processos de resistência que eclodem de modo pontual no contexto de multidão. Não seriam processos lineares, tampouco alarmantes, mas expressivos na identificação das violências e dos excessos que atuam sobre as “carnes” mais frágeis. Nessa linha, também seria possível identificar resistências sob o abrigo da lei (penal) soberana. Um desses lugares de resistência talvez estivesse abrigado pela própria identificação de *uma gestão penal do sexo*. Sobre a sexualidade também prospera uma espécie de não saber ou um espaço de não controle como uma possibilidade inquietante de resistência. Talvez esta seja uma das razões possíveis para tantos controles sobre o sexo ou sobre o sujeito “portador” de uma sexualidade. Como aporte da vida e como condição de abertura da subjetividade, sobre a sexualidade delineiam-se tantas tramas de poder e de saber que se pode pensar nela por meio da emergência de outras formas de subjetividade.

Foucault, em uma entrevista concedida em abril de 1979 a J. Danet (advogado em Nantes), P. Hahn (jornalista) e Guy Hocquenghem (escritor e fundador do *Front*

⁴¹⁸ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, 2006, p. 113.

homosexuel d'âction révolutionnaire – FHAR), discorre o convite realizado a ele para contribuir com a Comissão de Reforma do Código Penal Francês⁴¹⁹. Nesse sentido, Foucault identificou que as legislações, em geral, têm se tornado cada vez mais severas contra os crimes ligados à sexualidade, criando cada vez mais tipos penais, sem, no entanto, definir claramente quais os conteúdos dos atos que seriam necessários punir. Para Foucault, seria necessária uma restrição aos excessivos artigos que condenam a sexualidade, mas são incapazes de protegê-la. Uma intervenção mínima, capaz de acolher o dano provocado na vítima, de reconhecer seu trauma, sem fazer deste trauma uma bandeira, uma estratégia de afirmação dos poderes de soberania e de normalização apenas interessados em sua própria significação.

Uma abordagem da criminalidade sexual concatenada com sua análise *arqueogenealógica* dos discursos produzidos sobre e para a sexualidade nas sociedades. Discursos, que ao olhar para o drama da carne, o fazem mediante seu orquestramento diante de poderes e de saberes sobre o corpo e sobre vida. E que investem sobre o Direito Penal, para que este produza seu discurso punitivo mediante as normalizações e os legalismos.

3.2.2. Um olhar para a Dignidade Sexual

Quando Freud anunciou sua teoria da sexualidade infantil reconheceu a tematização do sexo mediante uma espécie de “erro de superposição”. A existência de um “erro de superposição” infelizmente não foi desvelada totalmente quando foram quebrados os interditos do sexo procriativo para inscrevê-lo no universo da palavra humana. A retirada do sexo da clausura realizada por Freud fez aparecer outros claustros que se impõem à sexualidade humana por meio de novas “superposições”.

Sob nosso corpo amado, divinizado e, essencialmente, sexualizado se constrói um notável objeto a ser conduzido, adestrado e controlado. A sexualidade como matriz da vida humana é confiscada pelos princípios de uma subjetividade que é treinada para

⁴¹⁹ DANET, J.; HAHN, P. e HOCQUENGHEN, GUY. La Loi de la pudor: Entretien avec Michel Foucault. *Dits e Écrits*, V.3. p. 763-777.

subjugá-la. A sexualidade emerge, segundo Foucault, como um *dispositivo*⁴²⁰, uma estratégia de utilização, domesticação da subjetividade e um mecanismo de segurança, criação e controle da vida humana em termos populacionais.

A “carne”, como corpo e desejo, prazer e falta, pecado e penitência, loucura e razão, doença e saúde, também se apresenta como um dispositivo de poder. Sua divinização pastoral é conduzida por uma estratégia cujo assentimento é a produtividade, seletividade e funcionalização. Entre os dispositivos da sexualidade e da aliança, a carne é atravessada por uma economia de poder interessada na vida humana, em que o sangue e a procriação são temas de produção de um melhor corpo; em que a carne se transforma em um princípio de investimento econômico para a melhor e a maior rentabilidade.

Outras “superposições” são construídas quando a hereditariedade e a economia aparecem mais além do sexo. Na totalidade biopolítica sobre a vida humana, a fronteira a ser explorada é sua conversão em bem economicamente viável, lucrativo e rentável. Se o sujeito é delineado como capital humano⁴²¹, o sexo se converte em princípio de investimento e de custo e benefício.

Entretanto, é preciso forçar ainda mais as “superposições” sobre o sexo e, quem sabe, poder enxergar de fato seu “erro”. Se, para além do sexo pairam os discursos de disciplinares e biopolíticos de nossa carne; se, é possível identificar as estratégias de poder que o definem; será possível identificar para além do sexo uma oportunidade de resistência?

Pode parecer uma promessa da ordem do impossível questionar-se sobre um espaço de resistência quando se está diante da repressão do sistema punitivo. Os aportes do Direito Penal contemporâneo são construídos diante das prerrogativas de poder e saber desenhadas por uma economia capitalista de produção pautada na rentabilidade e na produção da vida humana. Assim, reflete Zaffaroni:

Se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar para a experiência histórica: sindicalismo, o pluralismo democrático, o reconhecimento da dignidade das minorias, a própria república, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer

⁴²⁰ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade*. Vontade de Saber. 2001, p. 100.

⁴²¹ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*, 2009, p. 312.

inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal: todo conhecimento e todo o pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo⁴²².

A função econômica de controle social do Direito Penal não é em hipótese alguma uma novidade⁴²³, e seu uso tem se refinado quando incorporado por uma ordem de segurança. Como um agente do Estado brutal e vingativo, o Direito Penal se apresenta como um instrumento valioso para reiterar os dispositivos de controle da sexualidade, tomando parte de uma ampla estratégia em que disciplina, lei e segurança formam uma tríade cuja função é produzir o corpo útil e descartar o corpo inútil.

Assim, a lei penal que versa sobre os crimes sexuais mudou, pois as estratégias e funções do corpo sexual também mudaram. Sua mais recente versão carrega a marca da ambiguidade ou da “superposição”: anuncia uma possibilidade de ver reconhecida a violência contra a dignidade da carne e, ao mesmo tempo, serve de instrumento de seleção e de exclusão das carnes indesejáveis.

As modificações no discurso sobre os crimes sexuais e o reconhecimento da “dignidade sexual” poderiam promover o disfarce e até o afastamento das funções simbólicas do direito penal, perante a reafirmação política de proteção do próprio Estado e de seus cidadãos. O perigo de tal discurso “conciliador” entre a violência sexual e a violência punitiva seria justamente a inscrição do sistema penal em um modelo de controle policialesco, em que políticas públicas são orquestradas como políticas penais, cujo saldo é a rearticulação do sistema de seleção e de exclusão dos corpos culpáveis sob o discurso de “cidadania” e de proteção aos direitos humanos.

Na ambiguidade do poder, todavia, aparece a possibilidade de resistência. Uma resistência que reconhece na dignidade sexual um princípio de direito efetivo de proteção das carnes mais frágeis. Isso não significa que o Direito Penal se tornará um instrumento mais humano ou digno de justiça social, pois tal definição é impossível; mas qualquer limite à sua força violenta já é uma conquista efetiva para privados de tudo.

⁴²² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 99.

⁴²³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, 2006, p. 12

Assim, seria necessário reafirmar o discurso da dignidade humana (e sexual) ante seu confisco a modalidades discursivas legitimadoras da força punitiva do Direito Penal, ou seja, atribuir sentidos e significados à dignidade sexual como forma de resistência à valorização da lei penal e das políticas criminais contra a “*agressão às carnes úteis*” e a “*culpabilização das carnes inúteis*”. Nesse sentido, a dignidade sexual poderia constituir-se mediante o reconhecimento e a valorização de novas formas de subjetividades (e sexualidades) e uma culpabilidade definida por meio do reconhecimento da diferença e da tolerância pelo Direito Penal.

Eis a função da “dignidade sexual”: forçar para além das “superposições” óbvias de seleção e de punição do Direito Penal, um espaço conciso de limitação do poder punitivo e de contenção de sua violência contra as carnes mais vulneráveis. E em relação ao sexo, elas são muitas.

Uma dignidade cujo discurso é construído de forma diferente da submissão, desenhada mediante o reconhecimento da corporalidade de novos sujeitos e da violência dirigida contra eles. Assim, o discurso da dignidade não pode ser interpretado à luz de uma vingança social, tampouco de sua patologização. Mas, por meio da significação da vida possível de ser vivida. Se não é possível acabar com os controles que, em última instância, também nos definem, é possível identificá-los, reconhecê-los, para, por fim, a eles resistir.

Nesse caminho, não se esquecendo de sempre reconhecer o grande espaço aberto pelo Direito Penal para acolher os discursos ideológicos e de poder dominantes na sociedade, Ripolles narra a possibilidade de construção de um Direito Penal sexual mais blindado das intempéries de poder orientado por meio de quatro pilares⁴²⁴:

1. O reconhecimento de uma sociedade pluralista;
2. A prioridade por tolerância;
3. A autorrealização pessoal;
4. O foco na responsabilidade.

Nessa trajetória trilhada por Ripolles, há a urgente necessidade de o Direito Penal se reconstruir sob os aportes de uma sociedade pluralista, afastando em

⁴²⁴ RIPOLLES, José Luis Díez. *El Derecho Penal ante el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual*, 1981, p. 217.

definitivo a compreensão estatuída do sistema penal como guardião de uma moral positivada na sociedade. Reconhecer a pluralidade dos valores, dos bens e, principalmente, dos sujeitos humanos, seria fundamental para entender a sexualidade fora de uma única visão ou opinião ou exclusão. Um Direito Penal que reconhece o pluralismo poderia evitar criminalizações em decorrência de visões de mundo ou de estratégias de poder cujo aporte é a simples exclusão dos sujeitos considerados indesejáveis. Destaca:

Al Derecho Penal sexual pluralista no le corresponde outra cosa que actuaciones sobre determinadas conductas sexuales que afectan claramente e esos requisitos mínimos, pero sin que en ningún momento haya de pronunciarse sobre las diversas valoraciones globales existentes sobre la sexualidade, y que pretenden otorgar a ésta um determinado papel en la existência humana y en las relaciones sociales; sin duda, la ausencia de este enfoque global, que llevaría al Derecho Penal sexual, obviamente, a actuaciones con pretensiones de repercusión directa a escala social, es uma das razones que, unida a la anterior, coloca los aspectos sociales de la conducta sexual en um plano secundário de las preocupaciones del Derecho Penal sexual pluralista⁴²⁵.

Caberia ao Direito Penal num enfoque pluralista evitar optar por uma determinada concepção geral de sexualidade. Afastar-se, portanto, de critérios de criminalização pautados no “homem médio”, na moral geral, na medicina, ou em qualquer outro discurso de imputação assentado na delimitação de “certo” modelo de sexual, para efetivamente concentra-se na lesão, na violência em si contra um corpo que sofre. Portanto, um Direito Penal possível que entenda a violência sexual como um atentado contra a pessoa, independente das valorizações sociais, políticas, religiosas, culturais ou econômicas. A sexualidade seria reconhecida como integrante fundamental da pessoa e protegida como tema da vida humana.

Daí a importância do reconhecimento da tolerância como aporte significativo do Direito Penal. Um sistema pautado no pluralismo tem como quesito a tolerância diante do outro, do diferente. A tolerância aparece como o avesso do inimigo social, pois a ordem de criminalização não deveria estar desenhada na seleção e na exclusão dos corpos sexuais considerados pelas estratégias de poder e de saber intoleráveis, mas na efetiva violência como a marca do sofrimento da carne violada.

⁴²⁵ RIPOLLES, José Luis Diez. *El Derecho Penal ente el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual*, 1981, p. 216.

A tolerância expressa o respeito às formas de sexualidade distintas e a arbitrariedade de um sistema de punição pautado no desrespeito e na intolerância com o diferente.

O terceiro pilar é a autorrealização pessoal dos sujeitos humanos, cujo foco é o respeito pela integralidade dos Direitos Humanos da qual a sexualidade (e os direitos reprodutivos) faz parte. Nesse sentido, o Direito Penal deveria atuar na proteção contra as agressões e os impedimentos à autorrealização pessoal do sujeito e não como um agente que a impeça ou a impossibilite. Não caberia ao sistema penal uma atuação violando ou incapacitando os sujeitos humanos a se constituírem como sujeitos plenos. Negar a sexualidade ou criminalizá-la constituiria o avesso de uma experiência social e jurídica plural e democrática. Nessa linha, a violência sexual pode ser desenhada como uma violência contra a possibilidade de exercer plena e livremente a autorrealização pessoal, um impedimento que embasaria a resposta penal do Estado⁴²⁶.

O quarto pilar é a responsabilidade. O fundamento de um Direito Penal mínimo é a construção de mecanismos legais que limitem seu poder punitivo sobre o corpo humano. Um destes limites de atuação é a culpabilidade, que se apresenta como o juízo de reprovação sobre os fatos praticados e limita a responsabilidade penal a eles⁴²⁷.

Assim, um Direito Penal possível sobre os atentados à sexualidade devem ater-se sobremaneira à forma de responsabilidade individual sobre o fato (a violência sexual), impedindo as criminalizações em decorrência do comportamento, das diferentes sexualidades, da personalidade, enfim, da carne do autor. Valorizar a responsabilidade penal pautada no princípio da culpabilidade arbitrada no desvalor da ação do autor e não na sua carne.

Dessa forma, o Direito Penal sobre o sexo deve respeitar os limites e as garantias jurídicas evitando tornar-se um instrumento de vingança ou de medicalização pontual de autores que deixam o rótulo de criminosos para serem “marcados” como

⁴²⁶ RIPOLLES, José Luis Díez. *El Derecho Penal ante el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual*, 1981, p. 218.

⁴²⁷ RIPOLLES, José Luis Díez. *El Derecho Penal ante el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual*, 1981, p. 220.

monstros. Todavia, isso não significa sua não punição, mas impedir que tal punição se transforme em uma ordem de exceção e de violação absoluta da carne culpável.

Esses pilares edificam uma atuação possível do Direito Penal dentro dos limites de uma legalidade pautada em princípios de Direitos Humanos. Uma atuação que não deixa em nenhum momento de ser seletiva ou brutal sobre os corpos, mas que de algum modo precisa ser contida ou limitada. A violência sexual é grave e dramática para as carnes que sofrem sua marca. E, sem dúvida, ela precisa de instrumentos de contenção. Como a grande estratégia punitiva legal, o Direito Penal é um dos instrumentos mais fortes e violentos no exercício deste controle. A crítica que se perfaz versa justamente sobre este controle, sobre esta violência amparada pela lei, que faz da violência sexual um instrumento de legitimação da punição e da exclusão dos corpos considerados inúteis às estratégias de poder.

Daí a importância da significação da “dignidade sexual” como um discurso de resistência ante a atuação seletiva e violenta do sistema punitivo. Sob a dignidade precisa-se construir uma efetiva possibilidade de proteção (e de contenção) das carnes mais frágeis e vulneráveis ao sistema político e econômico vigente. Uma dignidade que extrapole as funções econômicas do capital humano e reconheça no sexo a sua “superposição” originária como um princípio fundamental da vida humana plena em gozo.

Uma dignidade sexual que torne possível o chamado do Direito Penal em face da violência sexual real sobre uma carne humana também real. E que o vigie constantemente seu poder punitivo. Enfim, uma dignidade sexual para além das “superposições” de saber e de poderes que atuam sobre a vida humana, que pode se construir apenas na vida humana.

CONCLUSÃO

A história de Eros e Psique, entre suas inúmeras leituras, pode ser narrada a partir dos significados atribuídos à “falta”. Uma falta oriunda da insegurança ingênua de Psique ao ceder às provocações de suas irmãs e desobedecer ao pedido de Eros. Psique transgride a regra que, ao mesmo tempo que a incomoda, a faz feliz. Ao descobrir Eros com seu olhar, Psique é rejeitada por ele. Sem seu amor, vaga pelo mundo a sua procura e se sacrifica cumprindo os desafios propostos por Afrodite. Reabilitada depois de enfrentar suas provas e ir até ao mundo subterrâneo, Psique é, por fim, perdoada por Eros.

Sobre a “falta” são organizados discursos tão plurais quanto descontínuos, que versam sobre a relação (inquietante) sobre o humano e a transgressão da lei ou da norma. E tanto faz se a lei é humana, mítica ou divina. Sua imposição sobre o corpo, não raro, nos remete para uma experiência que nos faz sofrer e amar. Se a falta é uma experiência humana, suas consequências se desenrolam sobre a vida. Uma falta que, na filosofia cristã, vem acompanhada da marca da culpa, da marca do reconhecimento de nossa assimetria e vulnerabilidade perante o corpo divino, da marca que significa nossa “carne”. A falta pode, então, aparecer sob o discurso do pecado e sua reabilitação passa pela expiação da culpa. Seria preciso diante da incompletude humana, reconhecer nossa falta, expiá-la, adestrá-la e nunca esquecê-la.

A falta de Psique é acolhida e perdoada pelo amor de Eros. A falta cristã é exposta pela nossa confissão e perdoada pelo amor de Deus. E sobre ela, tantos discursos foram produzidos que adentraram inclusive na formação de nossa subjetividade. Ela não é um privilégio do corpo divinizado grego, tampouco da pastoral cristã. A falta é o que poderia marcar nossa condição humana, nossa corporalidade e, talvez, nossa finitude.

Entre a falta e a culpa que incidem sobre os corpos, se inserem-se discursos de saber e de poder. Se a culpa é tão humana, ela também poderia ser alvo de estratégias de domesticação e de adestramento. O confisco da culpa é tomado por uma insistente forma de controle sobre os corpos. A culpa é capaz de controlar, e muito. E isso não significa, sob as leituras de Michel Foucault, um desenho da história contínua e positiva

da falta e da culpa, mas sua problematização mediante tantos discursos capazes de orientá-la ou de preenchê-la de significados que, quase sempre, são distintos da forma de amor de Eros e Psique.

A culpa torna-se uma possibilidade para a materialidade dos discursos interessados na vida humana, tanto para provê-la quanto para cerceá-la. A culpa pode ser preenchida por conteúdos de saber e de poder devido a sua centralidade para o corpo e para a vida. Uma culpa que também é confiscada pelo discurso do Direito Penal, aparecendo como escopo teórico para a legitimação do poder de punir o corpo (materialmente e discursivamente). Uma culpa que não mais fundamenta o perdão e a reabilitação, mas o faz mediante sua seleção e punibilização.

Um olhar para os discursos investidos na culpa legal desvela seu confisco pelas estratégias de poder político e econômico. Uma culpa atrelada ao próprio sentido atribuído à lei penal, como centro de um modelo de economia punitiva cujo alvo é a transformação do corpo e a rentabilidade da vida. Assim, é importante relembrar as contribuições de Foucault sobre as descontinuidades dos discursos e dos poderes, pois, investidos sobre a culpa, podem fazer aparecer os mais diversos tipos de criminalização e de culpabilização dos corpos. Foucault e sua “caixa de ferramentas” nos possibilita um modo de leitura dos discursos marginais, circulares e escorregadios que também compõem a vida humana. E, suas formas de poder.

Sobre essas contribuições, podemos percorrer o traçado das letras legais dos crimes sexuais mediante suas relações de saber e de poder que modelam, utilizam ou delimitam a sexualidade como uma importante experiência na criação e na submissão dos sujeitos.

A relação entre o corpo e o sexo já foi desenhada na moral grega, na pastoral cristã, no negativo patológico de medicina, na abertura da subjetividade para as psicologias, em que o tema do poder submeteu a carne às vicissitudes de um controle sobre a vida. Entre o corpo e o sexo uma relação marcada pela carnalização do desejo se constitui como tema de poder.

Assim, o tema da carne (do corpo sexual) ganha importância em uma “história política dos corpos” na exata medida em que ele se abre às possibilidades de um poder que se perfaz no controle e na exploração do corpo vivo. A carne se torna alvo de um

poder capaz de reduzi-la a uma forma economicamente viável e rentável, em que o sexo se converte em princípio de investimento e o corpo em mero capital humano. É a agregação das estratégias normalizadoras da disciplina corporal e do controle biopolítico. A carne e a culpa foram um eixo em que poderes buscam o controle da vida.

Em um mundo onde as relações são conduzidas sob o enfoque da segurança (econômica), os sistemas de proteção, de punição e de exclusão são também delimitados mediante sua eficiência e rentabilidade agregada ao custo-benefício. E atingem o Direito. Especialmente o discurso punitivo do Direito Penal, que tem desvelado seu discurso “oficial” de proteção de bens jurídicos possibilitando a emergência das suas estratégias de seletividade, de criminalização e de culpabilização dos corpos, visando ao controle ou à neutralização dos sujeitos economicamente indesejáveis.

Um modelo de Direito Penal que opera, sobremaneira, no controle da criminalidade sexual. Uma criminalidade que se constitui no espaço entre a violência e o corpo, em um hiato preenchido pelas vicissitudes dos discursos de saber e de poder presentes naquele momento ou narrativa histórica desenhada sobre um modo de subjetivação possível: uma carne e uma culpa.

Assim, a historicidade do crime sexual está assentada na multiplicidade dos poderes que se investem sobre o corpo humano e definem sua sexualidade. O crime sexual não esgota a violência sobre o corpo, mas faz com que apareçam as formas pelas quais tratamos e submetemos nossa carne ante ao discurso de poder.

Desse modo, os modelos de criminalização impostos ao pecado, à segurança da honra, aos costumes e à dignidade sexual são discursos que podem ser somados às diferentes narrativas sobre a falta, a culpa e a carne. Uma criminalização que, no limiar da gestão econômica da vida, pode ser compreendida sob duas vertentes de análise: *a criminalização da agressão à carne útil e a culpabilização da carne inútil*.

No recrudescimento dos mecanismos seletivos e de controle do Direito Penal, a mercantilização do corpo atinge a criminalidade sobre o sexo. O sistema penal, então, mudou para abarcar as novas condutas sexuais; todavia, tais mudanças operam ainda

segundo uma estratégia de rentabilidade, consumo e de seleção dos corpos úteis dos inúteis.

A letra da lei penal em nosso país pouco distingue tais corpos, mas pode revelar em seus silêncios os aportes de sua seleção: na punibilização do que é intolerável tolerar, o crime sexual se investe sobre aqueles corpos forjados pela inutilidade, medo ou desprezo: sex offenders, pedófilos, abusadores são alguns dos monstros que mobilizam a resposta penal para acalantar a “segurança” da população. Bem guardado e protegido da bestialidade do ataque ao sexo útil, tal “segurança” promete a contraprestação para os ofensores: seu controle ou sua exclusão.

No avesso de tal criminalidade sobram os restos da violência sexual contra os corpos indesejados ou não produtivos. E o acolhimento de suas “vítimas” em um sistema de segurança cujo foco é a permanência do controle sobre a vida humana.

Entre a carne e a culpa, sob o abrigo dos poderes normalizadores e soberanos sobre a vida, uma gestão penal do sexo se torna possível (e necessária) à tomada biopolítica (atuarial) do Direito Penal. Desse modo, todo um aparato social de controle sobre a vida e, por seguinte, sobre a sexualidade, é orquestrado no intuito de melhorar o corpo, selecioná-lo, confiscá-lo e, quem sabe, neutralizá-lo. A gestão penal do sexo, na política da vida humana, busca integrar os aspectos legislativos, com a expansão da lei penal e processual penal, para atualizá-la conforme seus dispositivos de poder. A reforma da legislação penal sobre o sexo é uma de suas expressões. Mas o aumento desta “massa” legislativa não reduz as estratégias de controle. Pelo contrário, o totaliza. O próprio discurso legal é incorporado por uma espécie de “ordem de segurança” que, no caso da sexualidade, envolve a conversão de estratégias políticas públicas em políticas criminais, proporcionando às formas de poder uma espécie de controle da multidão mediante a seleção de corpos inúteis.

Políticas públicas cujas estratégias lembram um caleidoscópio, cuja imagem final é a reiteração da lógica da segurança sob o foco da cidadania (ou da dignidade). A marca da violência sexual e o constante reviramento de seu discurso podem servir ao propósito de reafirmar o controle sobre a vida, criminalizando e culpabilizando mais e mais. Daí a importância da afirmação de discurso de horror e de perigo que intensifica a função oficial do Direito Penal de “proteção” e disfarça sua seletividade. E entre as

respostas à carne, podemos identificar a intensificação do controle pela lei e pela norma (políticas públicas); a reiteração da função simbólica do Direito Penal pautada na busca por uma nova legitimidade atrelada a uma “função cidadã e de dignidade”.

Eis que a dignidade humana emerge como uma possibilidade de resistência ante a complexidade do crime sexual, uma dignidade que não deve servir como suporte para a nova legitimação punitiva “cidadã” (disfarçando sua seletividade), mas concatenada com o reconhecimento de novas subjetivações, rostos e limites jurídicos de preservação da carne humana – não apenas as úteis.

Uma trajetória que busca formas de respostas à carne que passem às margens do Direito Penal economicista e de uma política de “segurança”, encontrando modelos de contenção da violência exploratória por meio da valorização e do resgate da subjetividade (dignidade). Uma vez mais Foucault, e sua importante discussão sobre as resistências possíveis ante a lógica de poder e de saber.

A reafirmação dos princípios jurídicos de garantia, a valorização da dignidade sexual e a responsabilidade jurídico-penal limitadora do poder punitivo pode parecer pouco, mas são mecanismos essenciais para a efetiva jurisdicização do corpo diante da violência da exceção.

Uma responsabilidade construída em linhas diferentes das traçadas pelo discurso do Direito Penal contemporâneo de controle sobre a vida. Uma responsabilidade que entre a falta, a culpa e o corpo, pode desvelar uma chance de reafirmação da vida humana. De Eros e Psique.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

AGAMBEM, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. *O Estado de Exceção*. Trad, Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAUJO, João Vieira de. *O Código Penal Interpretado*. Vol. I. Obra fac-similar. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2004.

ANDRADE, Vera Pereira. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Che Cosa È La Criminologia Critica?* In: Dei Delitti e Delle Pene 1/91 Torino: Grupo Editoriali Abele, 1991.

_____. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana, In: *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. Seguridad. In: *Criminologia y Ciencias Penales*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2004.

BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos e Direito Criminal* (1886). Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002.

_____. *Matrizes Históricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da Política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *Vida Líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BENJAMIN, Walter. *Obras Escolhidas: Magia e Técnica, Arte e Política*. Tradução de Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 2ª edição, 1986.

BERNAL, José Fernando Botero. Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal. In: VELÁSQUEZ, Fernando (Coord.). *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume II. Trad. Paulo José da Costa e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *El Problema Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade*. A psicanálise e as novas formas de subjetivação. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Psicanálise, Ciência e Cultura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

_____. *Michel Foucault e a Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

_____. *Meditações Pascalinas*. Tradução Sergio Miceli. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CARDONA, Alejandro David Aponte. Derecho Penal de Enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra. In: VELÁSQUEZ, Fernando (Coord.). *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

CAPPELLINI, Paolo. *Sistema Jurídico e Codificação*. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Beni. *Sexualidade Anômala no Direito Criminal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

CEREZO MIR, José. El Delito como Acción Culpable. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, tomo XLIX, fascículo I, 1996.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2ª. Edição. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

_____. *Direito Penal. Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

_____. *Teoria da Pena*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

_____. Culpabilidade: Desintegração Dialética de um Conceito Metafísico. *Revista de Direito Penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, números 15-16, julho-dezembro de 1974.

COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CÔRREA, Adriana Espíndola. *O Corpo Digitalizado. Bancos de Dados Genéticos e sua Regulação Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editoria, 2010.

COSTA, Pietro. *O Conhecimento do passado: Dilemas e Instrumentos da Historiografia*. Curitiba: Juruá, 2007.

DANET, J.; HAHN, P. e HOCQUENGHEN, GUY. La Loi de la pudor: Entretien avec Michel Foucault. *Dits e Écrits*, V.3.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: *Gilles Deleuze: Conversações*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

_____. *Foucault*. 2ª. Edição. Buenos Aires: Paidós, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DREYFUS, Hubert e RABINOW, Paul. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

DURKHEIM, Émile. *A Ciência Social e a Ação*. Tradução de Inês Duarte Ferreira. São Paulo: Difel, 1975.

_____. *O suicídio*. Martin Claret. São Paulo. 2002.

ELIAS, Norbert. *La civilization des mœurs*. Paris: Calmann-Lévy, 1973.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os Outsiders: Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

EWALD, François. *Foucault, Norma e Direito*. Lisboa: Vega, 1993.

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Tradução de Juarez Tavarez e Frederico Figueiredo. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

_____. *Constituição Corporal: desenvolvimento perturbado da capacidade de consentir como base de intervenções paternalistas*. Tradução de Juarez Tavares. Conferência proferida, sem revisão, nas Quartas Jornadas de Direito e Psicanálise, realizadas na UFPR (Curitiba) de 31 de maio a 03 de junho de 2007.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. La Fundación de la teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinald. *Sobre la estructura del Concepto de Culpabilidad*. Buenos Aires: Edição Julio César Faria, 2002.

FIGUEIREDO, Luis Cláudio. *Matrizes do Pensamento Psicológico*. 10ª. Edição. Petrópolis: Vozes, 2003.

FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*. São Paulo: Ed. Educ-Puc, 2003.

_____. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Direito e Discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 5ª. Edição. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

_____. *A História da Loucura na Idade Clássica*. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Perspectiva: 1995.

_____. *A Ordem do Discurso*. 9ª. Edição. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

_____. *As Palavras e as Coisas*. 8ª. Edição. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª. Edição. 1ª. Reimp. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. *Ditos e Escritos*. A problematização do Sujeito, Psiquiatria, Psicologia e Psicanálise. Volume I, 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Ditos e Escritos: A Arqueologia das Ciências e a História dos Sistemas de Pensamento*. Volume II. Trad. Elisa Monteiro. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

_____. *Ditos e Escritos. Estratégia, Poder-Saber*. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Doença Mental e Psicologia*. Trad. Lílian Rose Shalders. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

_____. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *História da Sexualidade. A Vontade de Saber*. Tomo I. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 14ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. *A História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres*. Tomo II. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 13ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

_____. *História da Sexualidade. O Cuidado de si*. Tomo III. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. *La Hermenéutica del Sujeto*. Curso en el Collège de France: (1981-1982) Buenos Aires: Fondo De Cultura Econômica, 2006.

_____. *Microfísica do Poder*. 17ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

_____. *Naissance de la Biopolitique*. Cours au Collège de France (1978-1979). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004.

_____. *O Nascimento da Biopolítica*. (1978-1979) Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Os Anormais*. (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Omnes ET Singulatim: Para uma Crítica da Razão Política*. Trad. Selvino J. Assmann. Nephelibata: São Pedro de Alcântara, 2011.

_____. *O Nascimento da Clínica*. Trad. Roberto Machado. 3ª. Edição. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1987.

_____. *O Poder Psiquiátrico*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H. ; RABINOV, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Trad. Vera Porto Carrero. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

_____. Por que estudar o poder: a questão do sujeito. In: DREYFUS, H. e RABINOW, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. (Coord.) *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. 2ª. Edição. Trad. Denize Lezan de Almeida. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

_____. *Securité, territoire, population*. Cours au Collège de France (1977-1978). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004.

_____. *Seguridad, Territorio e Población*. Curso em el Collège de France: (1977-1978) Buenos Aires: Fondo De Cultura Econômica, 2006.

_____. *Vigiar e Punir*. 26ª. Edição. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1996.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. 2º Volume. Parte Especial. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1958.

FREITAS, Ricardo de Brito. *As Razões do positivismo Penal no Brasil*. São Paulo, Lumen Juris.

FREUD, Sigmund. *Sobre o Narcisismo; uma introdução*. (1914). Ed. Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, Volume XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *As pulsões e seus destinos*. Edição Standart das Obras Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *Projeto de uma Psicologia Científica*. (1895) Edição Standart das Obras Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *Totem e Tabu*. (1913). Edição Standart das Obras Completas de Sigund Freud. Volume XIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *Moises e o Monoteísmo*. Edição Standart das Obras Completas de Sigmund Freud. Volume XIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *O Mal-Estar na Civilização*. (1929). Ed. Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, Volume XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FRANK, Reinald. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal*. 10. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1961.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GARDER, John. The wrongness of the rape. In: *Offenders e Deffenders: selected essays in the philosophy of criminal law*. Oxford University Press, New York, 2007.

GARLAND, David. *La Cultura del Control: Crimen y Ordem Social em la Sociedad Contemporânea*. Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2001.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GIDDENS, Anthony. *As Transformações na Intimidade: Sexualidade, Amor e Erotismo nas Sociedades Modernas*. 2ª. Ed. São Paulo: Unesp, 1993.

GOFFMAN, Erving. *Estigma. Notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HARDT Michael & NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Berilo Vargas. 7ª. Edição. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HAYEK, Friedrich August. *A Desestatização do Dinheiro*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. In Pena y Estado, Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

_____. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris Ed., 2005.

HARAWAY, Donna J. *Manifesto Ciborgue: Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX*. In: Antropologia do Ciborgue: as vertigens do pós-humano. Org e Tradução de Tomaz Tadeu. 2ª. Edição. Belo Horizonte: autentica Editora, 2009.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Portugal: Fórum da História, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1963.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

JAKOBS, Günter e MELIÄ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Noções e Críticas. 2ª. Edição. Trad. e Org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. Edição. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: Que é “Esclarecimento”(“Aufklärung”)? In: *A Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KEHL, Maria Rita. *As máquinas falantes*. In: O Homem-Máquina: A Ciência manipula o corpo. Org: Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

KNOPP, Fay Honey. Community Solucions to Sexual Violence. In: *Criminology as Peacemaking*. Indianápolis: Indiana University Press.

KOZICKI, Kátia. Democracia Radical e Cidadania. Reflexões sobre a Igualdade e a Diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: *Repensando a Teoria do Estado*,

LAPLANCHE, J. ; PONTAROLIS, J. B.. *Vocabulário de Psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LE BRETON, David. Adeus Corpo. In: *O Homem-Máquina: A Ciência manipula o corpo*. Org: Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, 17ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

MAGGIORE, Giussuppe. *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen IV (delitos em particular)*. Bogotá: ed. Themis, 1955.

MARX, Karl. Prefácio. Contribuição à Crítica da Economia Política. In: FERNANDES, Florestan. *História*. São Paulo: Ed. Ática. s/ano.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Cartas Filosóficas e o Manifesto Comunista de 1848*. São Paulo: Ed. Moraes, 1987.

MAMMÌ, Lorenzo. O Espírito na carne: o Cristianismo e o Corpo. In: *O Homem máquina: a ciência manipula o corpo*, 2003.

MELOSSI, Dario & PAVARINI, Maximo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2006.

MONET, Jean-Claude. *Polícias e Sociedades na Europa*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. 2ª. Ed. São Paulo: USP, 2002.

MONIZ SODRÉ, Antonio Aragão. *As Três Escolas Penais*. 5ª. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1952.

MOTT, Luiz Roberto. *Escravidão, Homossexualidade e Demonologia*. Ed. Ícone, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris Editora, 2005.

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Petrópolis: Vozes, 1977.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro. Obediência e Submissão*. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

_____. *Violência e Cidadania*. Porto Alegre: Fabris, 1994

NEDER, Gizlene & CERQUEIRA, Gisálio. *Idéias Jurídicas e Autoridade na Família*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ORGEIG, Enrique Gimbernat. *¿ Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?* Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorail Civitas.

PÁL PELBART, Peter. *Vida Capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Editora Iluminuras, 2003.

PAVARINI, Maximo & Giamberardino, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PELISSERO, Marco. *Pericolosità Sociale e Doppio Binário*. Torino: Giappichelli Editore.

PEREIRA, José Hygino Duarte. In: VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Volume 1 (1899). Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PLATÃO. *O Banquete*. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: LPM, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *O bem jurídico penal e a Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Paulo. *Retrato do Brasil: Ensaio sobre a Tristeza Brasileira*. 2. ed. São Paulo, SP: IBRASA, 1981.

PRADO JUNIOR, Caio Prado. *Evolução política do Brasil e outros estudos*. 8. ed São Paulo: Brasiliense, 1972.

PRIORE, Mary Del. *Histórias Íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil*. São Paulo: Ed. Planeta, 2011.

RAGO, Margareth. Sexualidade e Identidade na Historiografia Brasileira. In: *Dossiê Identidades Nacionais*, N. 2 – outubro/novembro, 2006. Organização: Glaydson José da Silva.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2003.

RIPOLLES, José Luis Diez. *El Derecho Penal ente el sexo. (Limites, critérios de concreción y contenido Del Derecho Penal sexual)*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981.

RODRIGUES, Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brazil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara.

ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ROUSSEAU, J. J. *Emílio ou Da Educação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Tem futuro o Direito Penal? In: *Estudos de Direito Penal*. 2ª. Edição. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: renovar, 2008.

RUSCHE & KIRCHHEIMER. *Punição e Estrutura Social*. 2º. Edição. Trad, revisão técnica e nota introdutória Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Ed. Revan, ICC, 2004.

SABATINI, Guglielmo. *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Speciale, Volume II*. Catania: Casa Del Livro, 1947.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4ª. Edição. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHMITT, Carl. *O conceito de Político*. Trad. Álvaro L. M. Valis. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHOTTROFF, Luise; SCHROER, Silvia; WACKER, Marie-Theres. *Exegese Feminista*. Tradução de Monika Otternann. São Leopoldo: Sinodal/Est; São Paulo: Aste, 2008.

SENNET, Richard. *Carne e Pedra*. Trad. de Marcos Araújo Reis. Rio de Janeiro: BestBolso, 2008.

SCHWARCZ, Lilian Moritz. *Previsões sempre são traiçoeiras: João Baptista Lacerda e seu Brasil branco*. História, Ciências, Saúde - Manguinhos. Rio de Janeiro. Volume 18, n. 1, jan-mar 2011.

_____. *O Espetáculo das Raças. Cientistas, Instituições e a Questão Racial no Brasil. 1870-1930.*

SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Clube do Livro, 1970.

SIBÍLIA, Paula. *O homem pós-orgânico*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

SILVA, Ana Márcia; SOARES, Carmen Lúcia; ASSMANN, Selvino José. *A valorização do corpo e as falácias de um novo arquétipo da felicidade humana*. In: Estudos Interdisciplinares em Ciências Humanas. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.

SIMON, Jonathan & FEELEY, Malcolm M. *The Form and Limits of the New Penology*. In: Punishment and Social Control. Enlarged Second Edition. New York: Aldine de Gruyter, 2003.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. Obra Fac-similar. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de justiça, 2004.

SOOTHILL, Keith; FRANCIS, Brian; SANDERSON, Barry & ACKERLEY, Elizabeth. *Sex offenders: Specialists, Generalists – or Both? A 32 year Criminological Study*. In: ISTD: the Centre for Crime and Justice Studies, 2000.

SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SOUZA, Sandra Duarte; LEMOS, Carolina Teles. *A casa, as mulheres e a Igreja: gênero e religião no contexto familiar*. São Paulo: Fonte Editorial, 2006.

TINOCO, Antonio Luiz. *Código Penal do Império anotado*. Ed. Fac Similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

VAINFAS, Ronaldo. *Moralidades Brasileiras: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista*. In: História da Vida Privada no Brasil, Vol I. São Paulo: Companhia da Letras, 1997.

VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal* (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.

VIGARELLO, Georges. *A História do Estupro: a violência sexual nos séculos XVI-XX*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. (a onda punitiva). 3ª. Edição. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Volume 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 1999, 2009 (reimpressão).

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª. Edição. Tradução. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001.

_____. *O inimigo no Direito Penal*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. & PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª. Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

Artigos Publicados em sites

ANDRADE, Vera Pereira. *Violência Sexual e Sistema Penal: Proteção ou Duplicação da vitimização feminina*. Disponível em: Acesso em 19 de maio de 2008.

ANDRADE, Iara. *A Justificação do mito dos filhos de Cam*. Texto disponível em www.uss.br/hotsites/revistahistoria2009/revistaeletronica/.../ARTIGO_lara.pdf. Acesso em 29 de março de 2012.

ARAÚJO, Rita de Cássia Barbosa. *O voto de saias: a Constituinte de 1934 e a participação das mulheres na política*. In: Estudos Avançados 17 (49), 2003. Disponível em www.scielo.br/scielo.php?pid=0103-401420030003&script. Acesso em 17 de março de 2012.

ASSMANN, Selvino; PICH, Santiago; GOMES, Ivan Marcelo; VAZ, Alexandre Fernandez. *Corpo e Biopolítica: poder sobre a vida e poder da vida*. Disponível em www.cbce.org.br/cd/lista_area_04.htm. Acesso em 01 de março de 2012.

DUFOUR, Dany-Robert. *Uma nova condição humana: os extravios do indivíduo-sujeito*. Tradução portuguesa de Selvino J. Assmann. Texto original em: Le Monde Diplomatique, Paris, Fevereiro de 2001. Versão italiana: *"Una nuova condizione umana. Gli smarrimenti dell'individuo-soggetto"*. Le Monde Diplomatique/Il Manifesto, Fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.ilmanifesto.it/MondeDiplo/Le_Monde-archivio/febbraio-2001/01021m22.01.html. Acesso em 01 de março de 2012.

FIGUEIREDO, Karina. Secretária técnica do Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (CECRIA) & BOCHI, Shirley B. B. Colaboradora técnica do CECRIA. *Violência Sexual: Um fenômeno Complexo*. Disponível em: www.unicef.org/brazil/pt/Cap_03.pdf. Acesso em 05 de maio de 2012.

HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al Principio de Culpabilidad?* Disponível em: [www.juareztavares.com/textos/hassemer alternativa culpabilidade.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/hassemer_alternativa_culpabilidade.pdf). Acesso em 17 de abril de 2012.

MACIEL, Maria Eunice. *Eugenia no Brasil*. Anos 90: Porto Alegre, n. 11, julho de 1999. Disponível em: www.ufrgs.br/ppghist/anos90/13/13art13.pdf. Acesso em 24 de março de 2012.

MAZZIERO, João Batista. *Sexualidade Criminalizada: Prostituição, Lenocínio e Outros Delitos* – São Paulo, 1870/1920. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01881998000100012&script=sci_arttext. Acesso em 03 de março de 2012.

PITANGUY, Jacqueline. As Mulheres e a Constituição de 1988. Disponível em: www.cepia.org.br/images/nov089.pdf. Acesso em 17 de março de 2012.

RABINOW, Paul.; ROSE, Nikolas. *Thoughts on the concept of biopower today*. Última revisão em 12/10/2003. Disponível em: www.mendeley.com/.../thoughts-concept-biopower-today/ Acesso em 01 de março de 2012.

SAMYM, Henrique Marques. *Mulheres Honradas, Mulheres Infames*. Disponível em: <http://www.carcasse.com/revista/anfiguri/bellocq/index.php>. Acesso em 03 de março de 2012.

SANTO AGOSTINHO. *As Confissões. Livro X*. Tradução de Arnaldo Espírito Santo; Maria Cristina Castro-Maia Pimentel. IN-CM: Lisboa, 2010. Texto publicado no site lusosofia.net. Acesso em 25 de junho de 2010.

SILVA, Eliana Sousa. Resenha. In: Em Debate 02 (2005) PUC-Rio. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br>. Acesso em 06 de maio de 2012.

SOUZA, Cecília de Mello; CARVALHO, Maria Luiza; GALLI, Maria Beatriz & ALCANTARA, Rosana dos Santos. *Violência sexual no Brasil: perspectivas e desafios*, 2005 / organizadoras Cecília de Mello e Souza, Leila Adesse. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. Disponível em: bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/violencia_sexual_brasil.pdf. Acesso em 07 de maio de 2012.

SOUZA, Jessé. *(Não) Reconhecimento e Subcidadania ou o que é “ser gente”?* In: Lua Nova, no. 49, ano 2003. Disponível em: http://scielolog.scielo.br/scielolog/scielolog.php?script=sci_statart&lng=pt&pid=0102-6445&app=sciELO&server=www.scielo.br&dti=20040101. Acesso em 06 de maio de 2012.

TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. Disponível em: www.juareztavares.com. Acesso em 14 de abril de 2012.

Sites Consultados

www.pronasci.gov.br. Acesso em 05 de abril de 2012

<http://meganslaw.ca.gov/homepage.aspx?lang=PORTUGUESE>. Acesso em 05 de abril de 2012.

<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 15 de outubro de 2011.

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ1BFF9F1BITEMID540715BB1C9B47D395499FA38E3E99FAPTBRIE.htm>. Acesso em 05 de maio de 2012.

www.sedh.gov.br . Acesso em 07 de maio de 2012.

http://www1.direitoshumanos.gov.br/spdca/exploracao_sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia. Acesso em 10 de maio de 2012.

[http://portal.mj.gov.br/sedh/spdca/T/RELATORIO%202011%20 agosto .pdf](http://portal.mj.gov.br/sedh/spdca/T/RELATORIO%202011%20agosto.pdf). Acesso em 05 de maio de 2012.

<http://www.disque100.gov.br/?section=home> . Acesso em 10 de maio de 2012.

